

Aspectos teóricos y prácticos del Decreto 2/2012. La situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación

Nicanor García Arenas

Inspector de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda
Funcionario de Adm. Local con habilitación de carácter nacional
Profesor Asociado de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS: AVANCE Y NORMAS MÍNIMAS DE HABITABILIDAD. III.- CLASIFICACIÓN DE LAS EDIFICACIONES. EN PARTICULAR, LAS AISLADAS. 1.- Edificaciones aisladas en suelo no urbanizable. 2. Situación legal de fuera de ordenación. 3. Situación de asimilación a la de fuera de ordenación. IV. EL CASO SINGULAR DE LAS EDIFICACIONES ANTIGUAS. V. RÉGIMEN JURIDICO DE LAS EDIFICACIONES ASIMILADAS AL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN. 1. Presupuesto de hecho: caducidad de la acción restauradora del orden jurídico vulnerado. 2. Límites materiales. VI. PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE ASIMILADO AL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN. 1. Inicio del procedimiento. 2. Instrucción. 3. Resolución. VII. EFECTOS. 1. Régimen restrictivo. 2. El problema de los servicios básicos. 3. Otros efectos. VIII. BREVE APUNTE AL RÉGIMEN TRANSITORIO: ASENTAMIENTOS URBANÍSTICOS Y HÁBITAT RURAL DISEMINADO. IX. CONCLUSIONES

RESUMEN:

En este trabajo se analiza el problema jurídico de la existencia de miles de edificaciones ilegales en suelo no urbanizable en Andalucía. El transcurso del plazo legal que dispone la Administración para proteger la integridad de la ordenación urbanística plantea inexorablemente la cuestión de la situación jurídica en la que quedan las obras ilegales al quedar descartada cualquier posibilidad de reintegración del orden urbanístico vulnerado. En este contexto, el Decreto andaluz 2/2012, de 10 de enero, pretende clarificar el régimen jurídico aplicable a las dis-

tintas situaciones en las que se encuentran las edificaciones existentes en el suelo no urbanizable, estableciendo los requisitos esenciales para su reconocimiento y su tratamiento por el planeamiento urbanístico. A este respecto, el presente estudio pone el centro de atención en el alcance y funcionalidad en las edificaciones en situación de “asimilado al régimen de fuera de ordenación.”

PALABRAS CLAVE:

Edificación ilegal. Suelo no urbanizable. Protección de la legalidad urbanística. Fuera de ordenación. Asimilado al régimen de fuera de ordenación.

ABSTRACT:

In this work is studied the legal problem of the existence of thousands of illegal buildings on rural land in Andalucía. When the administration lose the term to observe the integrity of urban planning inevitably raises the question of the situation of this illegal buildings when there isn't any possibility of reintegration of urban order transgrated. In this context, the Andalusian Decree 2/2012, of 10 January, is to clarify the legal regime applicable to the various situations of this buildings on rural land, establishing the essential requirements for recognition and treatment in urban planning. In this regard, this work is centred in a figure called “assimilated to out of legal order”.

KEYWORDS:

Illegal building. Rural land. Urban order protection. Out of legal order. Assimilated out of legal order.

I. INTRODUCCIÓN

El problema jurídico de la existencia de miles de edificaciones ilegales en suelo no urbanizable, tan necesitado de protección, es algo evidente en todo el territorio andaluz, y que reviste una clara dimensión supralocal. Es indudable que la magnitud de la problemática desborda las competencias correspondientes a la potestad de disciplina urbanística y exige una respuesta territorial en clave autonómica y local a fin de determinar, con mayor claridad y precisión, el marco de intervención y tratamiento de esta cuestión¹. La entidad del problema demanda la búsqueda de soluciones que afronten el problema en su globalidad como exigencia de la función eminentemente pública del urbanismo. El transcurso del

¹ Vid. *Ordenación del Territorio y Urbanismo en los informes de la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz. Diciembre 2009*, Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, 2010, págs 24 y ss.

plazo legal del que dispone la Administración para proteger la integridad de la ordenación urbanística plantea inexorablemente la cuestión de la situación jurídica en la que quedan las obras ilegales al quedar descartada cualquier posibilidad de reintegración del orden urbanístico vulnerado.

Para tratar de dar respuesta a este problema se aprueba por el ejecutivo andaluz 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), que tiene por objeto primordial clarificar el régimen jurídico aplicable a las distintas situaciones en las que se encuentran las edificaciones existentes en el suelo no urbanizable, estableciendo los requisitos esenciales para su reconocimiento y su tratamiento por el planeamiento urbanístico.

Esta norma afronta el problema de la proliferación de las edificaciones ilegales o clandestinas existentes en suelo no urbanizable, aportando vías de solución para su regularización o reconocimiento. Ahora bien, hemos de advertir que esta normativa no va ser la panacea capaz de curar todos estos males. Quizá porque no existe tal antídoto ante la dimensión del problema de las agresiones urbanísticas en este tipo de suelo y los valores contra los que atenta. De acuerdo con ello, no ofrece una solución definitiva ni global, sino parcial -cuando no puntual- de aquellas edificaciones que permanecen en una especie de “*limbo jurídico*”, porque son inatacables jurídicamente al quedar inmunes a la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística perturbada por el mero transcurso del tiempo. Parte de la idea de que no todo proceso edificatorio es regularizable. El encauzamiento de la irregularidad se efectuará siempre que las circunstancias lo permitan y aconsejen.

Y probablemente no pueda ser de otra forma porque la respuesta a un desorden urbanístico generalizado como es la existencia evidente de miles de viviendas ilegales, aún desde una óptica realista, no puede pasar, en ningún caso, por una amnistía² o legalización indiscriminada de situaciones contrarias a la ordenación urbanística en detrimento de los superiores intereses generales -fundamentalmente ambientales y territoriales- que operan como límite material y canon delimitador de la actuación de las Administraciones Públicas en esta materia, máxime cuando la utilización del suelo rural se orienta a la preservación de sus valores naturales. Incluso a través de una norma de “punto final” probable-

² Posibilidad que además estaría vedada a un reglamento por introducir desarrollos normativos nuevos no previstos en la ley, sustrayendo el contenido propio de la ley en un supuesto de materia reservada a ésta.

mente se causaría un efecto perverso y pernicioso, a saber, la imagen o apariencia de impunidad bajo la creencia de que toda infracción urbanística que se cometa va a ser susceptible de ser legalizada, una vez haya caducado la acción contra la misma por el transcurso de un cierto tiempo. Desde luego, sería reprochable un derecho urbanístico “de excepción” calificable de una auténtica amnistía³ para este tipo de viviendas y edificaciones contrarias a la ordenación urbanística, claramente ilegales, pero insusceptibles ya de una respuesta restauradora por parte de la Administración.

Bajo estos planteamientos, adelantamos que el Decreto no ofrece realmente una solución material o sustantiva de carácter global -no va a ser la tierra prometida- a pesar de articular una regularización o reconocimiento administrativo a través de unos cauces procedimentales en función de las distintas categorías clasificatorias que instaura.

Interesa puntualizar, desde el principio, que no pretendemos a través de estas líneas realizar una defensa acérrima del Decreto 2/2012, de 10 de enero, ni es intención “vender”, como vulgar buhonero, las presumibles bondades del mismo, pero tampoco la de acometer una crítica mordaz, cuando probablemente existan sobradas razones para ello, más allá del reproche sobre los confusos conceptos empleados, su deficiente redacción, el exceso creativo, y la propia complejidad que presenta. De hecho, si hay alguna cuestión pacífica y que no genera controversia en torno a esta norma reglamentaria es la aceptación generalizada de tildar su articulado como de difícil comprensión en atención a su intrincada y compleja casuística, sin perjuicio de determinada censura que puede realizarse sobre su confusa sistemática normativa.

En fin, el presente estudio pretende realizar una aproximación dogmática a la regulación de algunos aspectos concretos que suscita la norma reglamentaria objeto de estudio, en particular, se centra en el régimen de las edificaciones aisladas, poniendo especial énfasis en el alcance y funcionalidad de la situación de asimi-

³ Resulta de interés la Sentencia de 30 junio 1992 (RJ 1992\5539) que, en relación con la Disposición Transitoria de la derogada Ley 3/1987, de 8 abril, reguladora de la disciplina urbanística en el Principado de Asturias, cuya finalidad era la de regularizar, bajo la concurrencia de una serie de requisitos, situaciones irregulares de obras construidas sin licencia o bien contra lo establecido en la licencia, afirma que: “No estamos en modo alguno en presencia de una amnistía urbanística sino, por el contrario, de un laudable propósito de ajuste de las construcciones todas a la legalidad vigente. El concepto de amnistía es extraño al derecho administrativo en general y al urbanístico en particular, puesto que no se juzga a personas sino a cosas, o a reacciones personales con efectos en el mundo material urbano”.

lado al régimen de fuera de ordenación, sin entrar en los otros dos grandes bloques de determinaciones objeto de regulación por el Decreto, de un lado, los requisitos y procedimientos que faciliten la integración en la ordenación de los Planes Generales de Ordenación Urbanística de los asentamientos urbanísticos⁴ que sean conformes con el modelo territorial y urbanístico establecido en los mismos, y de otro, los ámbitos del Hábitat Rural Diseminado⁵.

⁴ Los asentamientos urbanísticos son definidos en el apartado 2 b) del art. 2 DSNU como los ámbitos territoriales definidos, consolidados por edificaciones próximas entre sí, generadoras de actividades propiamente urbanas, con entidad suficiente como para necesitar infraestructuras, dotaciones y los servicios urbanísticos básicos especificados en el artículo 45.1.a) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre. De este modo, el citado precepto establece los requisitos que deben reunir los asentamientos urbanísticos para su identificación, en cuanto notas características que deben ser analizadas en su conjunto y personalizadas para la diversidad de situaciones territoriales existentes en Andalucía. Desde el punto de vista de esta norma reglamentaria, el concepto de asentamiento urbanístico se aproxima al de núcleo de población, en cuanto lo constituyen aquellos ámbitos territoriales consolidados por edificaciones, generadoras de actividades propiamente urbanas y con entidad suficiente como para precisar infraestructuras, dotaciones y servicios urbanísticos. Esto es, el asentamiento urbanístico se configura como una realidad física existente, a partir de un umbral mínimo de densidad, compacidad y relaciones urbanas que posibiliten la implantación de unos módulos mínimos de dotaciones y servicios, evitándose así la dispersión de las actividades urbanas sobre el territorio y la formación de núcleos de población de escasa entidad.

⁵ El Decreto 2/2012, de 10 de enero, desarrolla la regulación establecida por el artículo 46.1.g) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, en su redacción actual dada por la Ley 2/2012, de 30 de enero, con respecto a la categoría del suelo no urbanizable como Hábitat Rural Diseminado, que incluye según este precepto legal aquellos terrenos que son el soporte físico de asentamientos rurales diseminados, vinculados en su origen al medio rural, cuyas características, atendidas las del municipio, proceda preservar. El Decreto andaluz amplía el ámbito de la vinculación de las edificaciones al medio rural, lo que posibilita una mejor adaptación a la diversidad de situaciones que se presentan a nivel regional. Los asentamientos que constituyen Hábitat Rural Diseminado se definen por el art. 2.2 c) DSNU como los ámbitos territoriales sobre los que se ubican un conjunto de edificaciones sin estructura urbana y ligadas en su origen a la actividad agropecuaria y del medio rural, que poseen características propias que deben preservarse, y que pueden demandar algunas infraestructuras, dotaciones o servicios comunes, para cuya ejecución no sea preciso una actuación urbanizadora. Así, se configura como un asentamiento de carácter rural que ha evolucionado en el tiempo, ubicado en un área territorial delimitada y que, sin presentar una estructura urbanística definida, puede precisar de ciertas dotaciones y servicios. La regulación de estos ámbitos por el planeamiento permitirá dar un tratamiento adecuado a aquellos asentamientos que por sus características no pueden tener la consideración de edificaciones aisladas, ni tampoco reúnen los requisitos establecidos para los asentamientos urbanísticos, por lo que deben de seguir manteniendo su clasificación como suelo no urbanizable.

II. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS: AVANCE Y NORMAS MÍNIMAS DE HABITABILIDAD

La clave de bóveda del sistema diseñado para la identificación de las edificaciones y asentamientos en suelo no urbanizable, y a su vez, la especialidad más significativa que incorpora el Decreto 2/2012, se apoya en la necesaria constancia del instrumento normativo que acredite y delimite los asentamientos existentes en el término municipal, constituyendo un presupuesto inexcusable o encuadre imprescindible para que los Municipios puedan efectuar reconocimientos de la situación de asimilación a fuera de ordenación en suelo no urbanizable. Este instrumento puede ser el propio Plan General de Ordenación Urbanística (PGOU), y en su defecto, el Avance a que se refiere el art. 4.2 del Decreto 2/2012, o en su caso, el acuerdo de innecesariedad de dicho Avance en los casos en que no sea necesaria la tramitación del Avance, bien porque estén éstos delimitados en el Plan General, o bien por no existir asentamientos en suelo no urbanizable, acuerdo que igualmente es necesario para la tramitación de procedimientos de reconocimiento de situaciones de asimilado al régimen de fuera de ordenación de las edificaciones aisladas y que deberá publicarse en el Boletín Oficial de la Provincia, para general conocimiento⁶.

⁶ La redacción originaria del artículo 4 del DSNU ha sido modificada por la Disposición final tercera del Decreto 36/2014, de 11 de febrero, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo. La nueva redacción no es realmente innovadora dado que se contrae substancialmente a recoger en el apartado tercero de dicho precepto la previsión ya contenida en la Norma 2.5 del Anexo I de la Orden de 1 de marzo de 2013, por la que se aprueban las Normativas 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 la Comunidad Autónoma de Andalucía. De esta manera la mera recomendación característica de estos instrumentos de ordenación urbanística se eleva de categoría mediante su transmutación en auténtica norma jurídica en sentido estricto, esto es, con aplicabilidad inmediata, eficacia directa, y obligado cumplimiento.

El nuevo texto del apartado tercero del art. 4 reza así: “En los casos en los que no sea necesaria la tramitación del Avance, bien por estar delimitados los asentamientos por el Plan General, o bien por no existir asentamientos en suelo no urbanizable, el Pleno municipal acordará expresamente la innecesariedad de dicho Avance, previo informe de los servicios técnicos municipales y de la Consejería competente en materia de urbanismo, que deberá emitirlo en el plazo de un mes. Para la emisión de éste último informe, será suficiente la solicitud de la persona titular de la alcaldía indicando la intención de la Corporación de adoptar acuerdo de innecesariedad del Avance, acompañada del informe de los servicios técnicos municipales.

Un aspecto singular que debe ser tratado por su trascendencia, es que el acuerdo de inecesariadad del Avance plantea ciertas dudas desde el punto de vista de su naturaleza jurídica⁷. Sobre este particular, estimamos que se trata de una disposición administrativa de carácter general ya que innova el ordenamiento al habilitar relaciones y actos que hasta ese momento no estaban permitidos. Sin perder de vista que sustituye a una norma reglamentaria como es el Avance, este acuerdo presenta una clara vocación de generalidad y participa del criterio ordinamental, por lo que se integra en el elemento normativo del ordenamiento jurídico. Además no se agota con su aplicación, sino que más bien subsiste con pretensión de permanencia, hasta tanto no sea innovado, modificado o derogado en el escalón jerárquico que le corresponde, razón por la cual debe ser obligatoriamente objeto de publicación. A su vez, no se va a consumir con su cumplimiento singular, antes bien las eventuales declaraciones de asimilación a fuera de ordenación lo van a reafirmar y consolidar, siendo de este modo susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimientos, por lo menos, de todos aquellos susceptibles de alcanzar en la actualidad aquel estatus, al margen de los que en un futuro puedan llegar a adquirirlo.

La instauración de la figura del Avance por el artículo 4 del Decreto 2/2012, de 10 de enero, tiene como finalidad posibilitar la aplicación directa del Decreto. En este punto, se trata de un instrumento de carácter provisional hasta tanto por el planeamiento se establezca la delimitación definitiva de los asentamientos urbanísticos, y cuyo objeto primordial es propiciar la identificación, por exclusión, de las edificaciones aisladas existentes. En todo caso, como ha quedado dicho el Avance no sería necesario en el supuesto de que no existieran asentamientos urbanísticos en el término municipal.

Aunque su alcance como instrumento urbanístico reviste un carácter limitado, no compartimos la afirmación que se vierte en las notas introductorias del

Este acuerdo será requisito necesario para la tramitación de procedimientos de reconocimiento de situaciones de asimilado al régimen de fuera de ordenación de las edificaciones aisladas y deberá publicarse en el Boletín Oficial de la Provincia para general conocimiento”.

⁷ La cuestión no es baladí ni puramente teórica, sino que tiene importantes consecuencias prácticas. Así, siguiendo a E. GARCÍA DE ENTERRIA y T. R. FERNÁNDEZ, en su Curso de Derecho Administrativo, Vol. I, Thomson-Civitas, 2013, Madrid, pág. 214, cabe reseñar, entre otras repercusiones, que el reglamento es revocable *ad nutum*, mediante su derogación, modificación o sustitución, en tanto que al acto administrativo le afectan límites de revocación que impone la ley en garantía de los derechos a que el acto ha podido dar lugar. La ilegalidad de un Reglamento implica siempre su nulidad de pleno derecho conforme al artículo 62.2 Ley 30/1992, en tanto que la ilegalidad de un acto como regla general sólo implica su anulabilidad. Reglamento y acto tienen cauces procedimentales diferentes de impugnación contencioso-administrativa.

Anexo I de las Normas Directoras para la Ordenación Urbanística en desarrollo de los artículos 4 y 5 del Decreto 2/2012, de 10 de enero⁸, cuando indica que sólo tiene efectos administrativos internos y ello porque despliega una clara proyección *ad extra*. Prueba de la inexactitud que encierra la anterior aseveración es que seguidamente las propias Normas Directoras añaden que tiene naturaleza jurídica de ordenanza municipal y que obliga tanto a la Administración como a los particulares. Siendo así, se trata de una clara norma reglamentaria con trascendencia externa y con relevancia para los particulares. Desde luego, no se trata del Avance de planeamiento que se contempla en el artículo 29 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en lo sucesivo, LOUA) que, como un simple borrador, sólo posee efectos administrativos internos preparatorios de la redacción del correspondiente instrumento de planeamiento⁹ y en el que únicamente se van a definir los criterios, objetivos, alternativas y propuestas generales de ordenación que después se articularán en la redacción del Plan. Consecuencia de su naturaleza reglamentaria es que su aprobación se somete a la tramitación dispuesta en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local para las Ordenanzas locales¹⁰, debiendo incluir el informe de la Consejería competente en materia de urbanismo a que hace referencia el artículo 4.2 del Decreto 2/2012, de 10 de enero¹¹.

⁸ La figura de las Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística está regulada por el artículo 20 y siguientes de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, concibiéndolas como un instrumento que tiene por objeto contribuir a la correcta integración de la ordenación urbanística, conteniendo preferentemente recomendaciones con la eficacia propia de las normas de carácter indicativo y orientativo para la acción municipal en materia de urbanismo

⁹ LÓPEZ BENÍTEZ, M. “La planificación territorial y el planeamiento urbanístico”, en *Derecho Urbanístico y Ordenación del Territorio*, coord. por M. REBOLLO PUIG, Iustel, Madrid, 2007, págs. 222 y 223.

¹⁰ En coherencia con el criterio mantenido sobre la naturaleza reglamentaria del acuerdo de innecesariedad de Avance, su aprobación reclamaría el mismo procedimiento y trámites que la aprobación del Avance.

¹¹ Informe cuya competencia es atribuida por el art. 13.3 h) del Decreto 36/2014, de 11 de febrero, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, a las personas titulares de las Delegaciones Territoriales de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente. Este informe debe emitirse en el plazo de dos meses, de manera que su carácter preceptivo impide que el Pleno del Ayuntamiento pueda aprobar definitivamente el Avance antes de que transcurra ese plazo. Nótese que en la modificación operada en el art. 4.2 del DSNU por la Disposición final tercera del Decreto 36/2014, de 11 de febrero, desaparece la previsión original que exigía una previa valoración por la Comisión In-

Por lo demás, debemos destacar que hasta que el Avance como Ordenanza Municipal no entre en vigor, no podrá otorgarse resoluciones de reconocimiento a la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, aunque puede iniciarse la tramitación una vez que el Avance se haya expuesto a información pública. En suma, la delimitación de los asentamientos no tiene otro objetivo que el de facilitar la aplicación directa del Decreto, esto es, su objeto es posibilitar la identificación de las edificaciones aisladas existentes de forma inmediata, a las que se llega a través de una vía negativa, esto es, son todas aquellas que no se ubiquen en ninguno de los asentamientos delimitados.

A su vez, el proceso de regularización demanda la aprobación de unas Normas Mínimas de Habitabilidad, conforme determina el art. 5 DSNU. En el caso de que no se definan por el Plan General, los Ayuntamientos por medio de Ordenanza municipal regularán estas condiciones mínimas de habitabilidad y salubridad de las edificaciones en suelo no urbanizable, según el uso al que se destinan. La aplicación de estas normas mínimas adquiere especial relevancia en los procedimientos de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, dado que a estas edificaciones construidas al margen de la legalidad urbanística se les reconoce, sin perjuicio del mantenimiento de su carácter ilegal, su aptitud para el uso al que se destinan, siempre que reúnan las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad exigidas para dicho uso. Además, estas normas resultan necesarias para la regularización de las edificaciones terminadas sin licencia urbanística con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley del Suelo de 1975, para las que el DSNU prevé su asimilación a las edificaciones legales, siempre que reúnan las condiciones que se especifican en el mismo¹².

III. CLASIFICACIÓN DE LAS EDIFICACIONES. EN PARTICULAR, LAS AISLADAS

La solución, insisto, de carácter parcial a la problemática generada por las edificaciones existentes en suelo no urbanizable, se articula a través del establecimiento de distintos tipos de edificaciones y de su grado de adecuación al ordenamiento jurídico.

terdepartamental de Valoración Territorial y Urbanística. Esta eliminación es lógica teniendo en cuenta que se suprime este órgano por el mencionado Decreto 36/2014, sin que, por otra parte, se haya atribuido esta función a las Comisiones Territoriales de Ordenación del Territorio y Urbanismo ni al denominado Consejo Andaluz de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

¹² *Vid.* Anexo II de la Orden de 1 de marzo de 2013, por la que se aprueban las Normativas 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 la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En el esbozo clasificatorio previo, el Decreto que comentamos diferencia las 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, entramado que ha sido calificado por algún medio de comunicación como “*hall con tres puertas laberínticas*”¹³.

Como puede comprobarse fácilmente, la característica más palpable de este esquema clasificatorio es la variedad fáctica y la extensa ramificación, lo que se traduce en una maraña de situaciones que van a tener un tratamiento heterogéneo. La poliédrica realidad fáctica es caprichosa, por ello, alumbra un régimen jurídico aplicable a las distintas 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. Variadas circunstancias fácticas que determinan que estas situaciones tengan marcos jurídicos distintos en función del compartimento en el que se les acomode, en los que operarán singulares normas sustantivas y diferentes procedimientos aplicables.

1. Edificaciones aisladas en suelo no urbanizable

Ya hemos apuntado *a limine* que las edificaciones aisladas en suelo no urbanizable presentan un carácter residual ya que su identificación requiere la previa delimitación de los asentamientos urbanísticos y de los que pudieran ser objeto del Hábitat Rural Diseminado existentes en el municipio, de modo que se llega a ellos por vía negativa -tendrán la consideración de aisladas todas aquellas que no se incluyan dentro de algún asentamiento según postula el art. 4.4 DSNU-. Esta tarea corresponde al PGOU, si bien en el supuesto de ausencia de Plan General, o si éste simplemente no contuviera la delimitación de los asentamientos, tal identificación de se llevará a cabo mediante la elaboración de un Avance, o en su caso, el acuerdo que declare su innecesariedad.

¹³ Diario ABC Córdoba, 22 de Enero de 2013, Página 22

Como punto de partida, según la situación jurídica en que se encuentren las edificaciones aisladas, es decir, aquellas que no se integran en ningún asentamiento, el art. 3.1 DSNU distingue dos posibilidades radicalmente distintas que parten de unos presupuestos de hecho diferentes:

- * Actuaciones conformes a la ordenación urbanístico-territorial vigente en el municipio, es decir, se trata de edificaciones substancialmente legales.
- * Edificaciones que no se ajustan a la ordenación territorial y urbanística vigente, esto es, actuaciones materialmente irregulares por resultar contrarias al planeamiento.

A. Edificaciones conformes con el ordenamiento territorial y urbanístico vigente

Ciñéndonos dentro de la anterior *summa divisio* al primer grupo comprensivo de la categoría de edificaciones que se ajustan a la ordenación territorial y urbanística vigente (art. 3.1.A DSNU), 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).

Esta dicotomía así descrita sigue el patrón tradicional en nuestro país de configuración del sistema de disciplina urbanística, que disecciona entre edificaciones construidas con licencia urbanística, y las construidas sin licencia o contraviniendo sus términos, pero respetando las determinaciones de la planificación urbanística y territorial de referencia. Se ciñe a la dialéctica de dos realidades cuyo rasgo compartido es el de ser compatibles con las determinaciones urbanísticas en tanto que se trata de supuestos de adecuación material. En estas actuaciones que no tienen más infracción que la formal de no contar con licencia o por contravenir sus condiciones -ilegalidad meramente formal-, la transgresión, en principio, se restringe a la inobservancia de la regla legal de prohibición de actos y usos sin la correspondiente cobertura administrativa legitimante por razón de su sujeción a intervención administrativa previa¹⁴. En esta delimitación, puramente formal, de actuaciones compatibles con la ordenación vigente el dato relevante

¹⁴ PAREJO ALFONSO, L., *La Disciplina Urbanística*, Iustel, Madrid, 2012, pág. 68.

es la infracción de la regla del acto administrativo habilitante. Su singularidad reside en que la transgresión a la legalidad se restablecerá 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 legitimidad¹⁵.

En concreto, en lo que toca 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.

Sobre esta particular, CANO MURCIA¹⁶ supone que se refiere 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. No obstante, 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.

Al hilo de esta cuestión, GUTIÉRREZ COLOMINA¹⁷ se pregunta qué consecuencia jurídica se produce si el particular no solicita esta autorización. En su opinión, hay que distinguir si han caducado o no los plazos para que la Administración Pública pueda adoptar o no medidas de protección. Si los plazos no

¹⁵ REBOLLO PUIG, M. “La Disciplina Urbanística”, en *Derecho Urbanístico y Ordenación del Territorio*, coord. por M. REBOLLO PUIG, Iustel, Madrid, 2007, pág. 478.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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*, n.º. 272 (marzo 2012), pág. 171.

han caducado, la Administración debe seguir el procedimiento de protección de la legalidad urbanística y si persiste el incumplimiento por parte del particular puede llegar incluso a la demolición según lo dispuesto en el art. 47.3 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante RDU), que versa sobre las consecuencias y las posibles medidas a adoptar por la Administración en el supuesto de que no se inste la legalización¹⁸. En el caso de que los plazos de protección de la legalidad hayan caducado y sean edificaciones que se encuentren terminadas, estima 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 Administración¹⁹. Con este criterio se mantiene un último rescoldo de rebeldía frente al incumplidor de la norma, incluso en los supuestos en los que por el transcurso del tiempo no le sea posible a la Administración imponer las medidas de restauración del orden urbanístico infringido.

¹⁸ En concreto el tenor literal del apartado 3 del citado precepto es el que se recoge a continuación: “*Transcurrido el plazo que se establece en el apartado anterior sin haberse ajustado las obras o usos a las condiciones señaladas o sin haberse instado la legalización, la Administración pública actuante procederá a realizar cuantas actuaciones considere necesarias para comprobar la procedencia o no de dicha legalización, y, en consecuencia:*

a) Si procediera la legalización, acordará la imposición de hasta doce multas coercitivas con una periodicidad mínima de un mes y cuantía, en cada ocasión, del diez por ciento del valor de la obra realizada y, en todo caso, como mínimo de 600 euros hasta que se inste la legalización o se ajusten las obras o usos a las condiciones señaladas. Una vez impuesta la duodécima multa coercitiva sin haber instado la legalización, o realizado el ajuste en los términos previstos en la licencia o en la orden de ejecución, se ordenará la reposición de la realidad física alterada a costa del interesado.

b) Si no procediera la legalización, se acordará la continuación del procedimiento mediante la reposición de la realidad física alterada de conformidad con el artículo 49.

c) Cuando se trate de obras que sean manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística, se procederá en la forma prevista en el artículo 52.”

¹⁹ 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.

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. 7 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo), 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.

En todo caso, bajo los dos últimos planteamientos doctrinales resulta obvio que en ningún caso procedería el otorgamiento de licencia de ocupación o utilización a menos que se lleve a cabo la legalización de esa actuación cuyo desajuste o irregularidad era meramente formal.

En apretada síntesis, en este primer grupo el Decreto se ciñe a la dialéctica de dos realidades cuyo principal rasgo es la de pertenecer a la clase de las edificaciones que se singularizan por ser compatibles con el planeamiento en tanto que se trata de supuestos de “adecuación material” a la ordenación vigente.

Por último, para dar por concluido el presente epígrafe, es reseñable 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 utilización²⁰ 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*).

²⁰ 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.

B. Edificaciones disconformes con el ordenamiento territorial y urbanístico vigente

El otro gran bloque del Decreto se refiere a las edificaciones que no se ajustan a la ordenación territorial y urbanística vigente (art. 3.1.B DSNU). Es indudable que el tratamiento normativo de las edificaciones disconformes suscita una mayor dificultad. Aquí ya no cabe una legalización *a posteriori*, porque la actuación es substancialmente contraria al planeamiento. Es decir, no existe una mera infracción formal de edificaciones sin licencia o contraviniendo los términos de la misma, sino una transgresión material o sustantiva de la ordenación urbanística. Dentro de este tipo la obra no sólo contiene una conculcación de la regla legal de la preceptividad de la intervención administrativa, sino una transgresión sustantiva de la ordenación territorial-urbanística vigente²¹. Pero además, se suma que la Administración no tiene margen para acordar el restablecimiento de la legalidad dado que han transcurrido los plazos para poder adoptar medidas concretas de reposición plena de la legalidad vulnerada.

Este grupo se ordena, a su vez, atendiendo a la existencia o no de licencia urbanística previa, diferenciando entre edificaciones en situación legal de fuera de ordenación y en situación de asimilado a dicho régimen. Y se incluye un tercer supuesto, que más que una categoría con sustantividad propia, se trata de una realidad en la que la Administración viene compelida a ejercer sus potestades de restablecimiento de la legalidad urbanística.

Antes de entrar a desmenuzar estas categorías, no me resisto a realizar un breve apunte a ese tercer supuesto que realmente constituye una situación viva de indisciplina urbanística en la que la acción de restablecimiento no ha caducado, de ahí que hayamos afirmado que no alcanza autónomamente el grado de categoría propia, pues describe el caso típico de edificaciones construidas sin licencia o contraviniendo sus términos que son susceptibles del ejercicio de la acción de protección, y por consiguiente, de llevar a cabo la demolición para restituir el orden jurídico infringido. La razón para excusar la inclusión de tan evidente obviedad probablemente obedezca a que se trata de un mero recordatorio, no por superfluo es innecesario, que persigue evitar que la desidia y pasividad adminis-

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.”

²¹ PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, pág. 103.

trativa enerve la acción de restablecimiento de la legalidad y que ante el transcurso del plazo la edificación llegue a adquirir el estatus de asimilada al régimen de fuera de ordenación por la inactividad de la Administración. Es clave, pues, para impedir precisamente esta metamorfosis kafkiana, -que Gregorio Samsa no despierte convertido en un monstruoso insecto- que la Administración incoe y resuelva el correspondiente expediente -de tramitación obligatoria²²- para restaurar el orden urbanístico al objeto de reponer las cosas a su estado primitivo, estableciendo las prioridades y los plazos para dicho ejercicio en los correspondientes Planes de Inspección Urbanística²³.

En sintonía con lo señalado, el reglamento autonómico realiza una triple distinción respecto a las edificaciones no acordes a la ordenación urbanístico y territorial, aunque realmente, como ya anticipamos, podemos reducir las a dos: situación legal de fuera de ordenación y situación de asimilación a la de fuera de ordenación.

2. Situación legal de fuera de ordenación

En primer lugar, las edificaciones en situación legal de fuera de ordenación o fuera de ordenación “*strictu sensu*”, se refiere a las construidas con título jurídico conforme a la ordenación territorial y urbanística vigente en el momento de su otorgamiento, pero incursas en ilegalidad material sobrevenida, normalmente por una modificación del planeamiento que produce una ordenación contraria al actual régimen jurídico urbanístico aplicable. En términos conceptuales, puede definirse como la situación en la que quedan las edificaciones legales erigidas al amparo de una ordenación urbanística anterior, que contravienen lo dispuesto en el nuevo planeamiento y, por tanto, están llamadas a desaparecer una vez se extingan las posibilidades razonables de vida de sus elementos²⁴. La calificación o concepto jurídico de edificios fuera de ordenación está reservado a las obras y usos inicialmente lícitos que, sin embargo, resultan sobrevenidamente disconformes por la sucesión de las normas en el tiempo²⁵. Por consiguiente, alude a las

²² SSTS de 24 de mayo de 1985 (RJ 1985\4771), de 14 de marzo de 1990 (RJ 1990\1979), 14 febrero 2013 (RJ 2013\2460), entre otras.

²³ *Vid.* arts. 30 y 30 bis RDU.

²⁴ CARBALLEIRA RIVERA, M.T. “Edificios fuera de ordenación y obras permitidas”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, año n.º. 38, núm. 214, 2004, pág. 12

²⁵ LAGO NÚÑEZ, G., “Requisitos administrativos para el acceso al Registro de la Propiedad de las edificaciones antiguas que carecen de licencia de ocupación en Andalucía”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*” núm. 13, julio 2013, pág. 1308 y ss.

nacidas con cobertura o legitimidad formal por ser acordes en el momento de su gestación a la ordenación urbanística que, a consecuencia de la sucesión de normas en el tiempo y al *ius variandi* del planificador, devienen incompatibles con la nueva ordenación.

El carácter obligatorio y ejecutivo de los Planes proyecta un influjo particular sobre las construcciones e instalaciones existentes con anterioridad a la aprobación del Plan, pero que resultan contradictorias o incompatibles con la nueva ordenación. Es por ello uno de los efectos que produce la aprobación de nuevos instrumentos de planeamiento cuando existe incompatibilidad con las situaciones legítimas anteriores, configurándose así como un modelo de derecho transitorio. Lo esencial del fundamento técnico-jurídico de este régimen de fuera de ordenación radica en diseñar una solución orientada a coexistir en un cierto punto de equilibrio la esencia de la actualización de las normas, el dinamismo esperable del ordenamiento jurídico para su acomodación a una realidad cambiante, con el respeto, en la medida de lo posible, de derechos legítimamente adquiridos²⁶. Evidentemente, el plan no puede hacer tabla rasa de la situación establecida ya que ha de combinar la nueva ordenación que pretende y las lícitamente ya establecidas, que inevitablemente deben recibir un tratamiento jurídico que permita evitar su perpetuación indefinida de tal manera que resulte imposible que las previsiones del plan lleguen a hacerse realidad²⁷.

Así, son presupuestos de hecho de la situación legal de fuera de ordenación el de la preexistencia de una obra amparada legítimamente en licencia o título jurídico habilitante; la aprobación de un nuevo instrumento de planeamiento; y disconformidad entre la obra o uso preexistentes con el nuevo régimen introducido fruto de la innovación del planeamiento²⁸. Nota característica de este régimen de fuera de ordenación es ser una consecuencia directa de la innovación de los instrumentos de planeamiento, como manifestación de la sucesión de normas en el tiempo, en el que se hace prevalecer el interés público del planeamiento sobrevenido frente al derecho que tienen los propietarios a tales edificaciones, construcciones e instalaciones existentes. En efecto, la calificación de un edificio o de

²⁶ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “Fuera de Ordenación”, en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, II, dirigido L. MARTÍN REBOLLO, y R. O. BUSTILLO BOLADO, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 1169.

²⁷ MUÑOZ MACHADO, S., y LÓPEZ BENÍTEZ, M., *El Planeamiento Urbanístico*, Iustel, Madrid, 2009, págs. 239 y 240.

²⁸ CORTÉS MORENO, A., “El régimen jurídico de la situación legal de fuera de ordenación. La declaración de situación de asimilado a la de fuera de ordenación en el derecho urbanístico andaluz”, *Revista Práctica Urbanística*, núm. 109, noviembre 2011, pág. 16.

un uso como fuera de ordenación no significa *per se* que sea contrario a la ley. Precisamente la definición de esta situación se fundamenta en la legalidad de la edificación conforme al plan vigente en el momento de ser concedido el título jurídico suficiente de actuación, y por esa razón la ley mantiene transitoriamente la edificación o el uso incompatibles con el nuevo plan²⁹.

Con respecto a su régimen jurídico, la LOUA se ocupa de esta institución en el art. 34 b), cuya regulación se condensa sintéticamente en la Disposición Adicional Primera, comprensiva de la situación existente al momento de la publicación de la propia LOUA, y que se completa con otros preceptos que tangencialmente hacen referencia a esta institución [arts. 160.1 F, 177.1 b) 218.1 b), todos ellos de la LOUA]. En este contexto normativo, si la ley urbanística andaluza es parca en la regulación de esta materia, mucho más exigua es la legislación básica estatal, en concreto, el TRLS 2008 se refiere a esta institución en el artículo 19 relativo a la transmisión de fincas y deberes urbanísticos; en el artículo 22 bajo la rúbrica de “*Criterios generales para la valoración de inmuebles*”³⁰; y en el artículo 35 relativo a los supuestos indemnizatorios, del que excluye las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística³¹, salvo en caso de imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incurso en dicha situación durante su vida útil³². Finalmente resta citar la mención recogida en el art. 76 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística³³.

²⁹ BAÑO LEÓN, J.M., Derecho Urbanístico Común, Iustel, Madrid, 2009, pág. 448

³⁰ *Vid.* art. 5 del Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley de Suelo. Especial atención merece el apartado 2 de dicho artículo, que en relación a los supuestos de edificaciones, construcciones e instalaciones no ajustadas a la legalidad al tiempo de su valoración y para las que no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición en suelo en situación de rural, determina que, en ningún caso, serán objeto de valoración y tampoco serán tenidas en consideración a los efectos del cálculo de la renta de la explotación.

³¹ *Vid.* arts. 3.1 TRLS 2008 y 49.1 LOUA

³² Con anterioridad había una escueta reseña a las edificaciones existentes en la Disposición Transitoria Quinta del TRLS2008, que ha sido derogada por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

³³ Este precepto dispone que “*La concesión de las licencias para usos y obras de carácter provisional y para los edificios fuera de ordenación, se harán constar en el Registro de la Propiedad mediante nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca correspondiente. La nota se tomará a solicitud del titular registral, o con su audiencia a requerimiento de la Administración actuante, a la que se acompañe certificación literal del acuerdo de conce-*

Acotado el campo de la situación legal de fuera de ordenación y sentados sus presupuestos, ha de advertirse que esta regulación cohonesta con el régimen previsto para este tipo de edificaciones en suelo no urbanizable por el art. 7 DSNU, cuyo apartado tercero conforma un marco jurídico limitativo de las obras autorizables, si bien con un tratamiento de permisividad en función del nivel de incompatibilidad con el nuevo plan. A su vez, contiene una remisión al instrumento de planeamiento, que será el que complete el régimen establecido por la ley posibilitando que aquél module el régimen de fuera de ordenación frente a las actuaciones de edificación ilegal en suelo no urbanizable, ofreciendo así mayores respuestas a los usos y actos constructivos que pueden ser susceptibles de autorización. En este sentido, las obras y usos permitidos son los señalados por el PGOU en función del grado de compatibilidad de la edificación respecto a las distintas categorías del suelo no urbanizable establecidas por la ordenación urbanística y, supletoriamente, por lo dispuesto 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.

Las consecuencias de la declaración en situación legal de fuera de ordenación, admite modulaciones, para la que se establecen una regla en el apartado 3 *in fine* del artículo 7 DSNU, como complemento de la regulación del artículo 34.b) LOUA. Al menos debe diferenciarse entre la disconformidad parcialmente incompatible y la totalmente incompatible con la nueva ordenación, comprensiva esta última necesariamente de las edificaciones ubicadas en suelos con la condición de dominio público, de especial protección por legislación específica o que presenten riesgos ciertos de erosión, desprendimientos, corrimientos, inundación u otros riesgos naturales, riesgos tecnológicos o de otra procedencia, en cuyo caso sólo se permitirán las obras que sean compatibles con la protección y no agraven la situación de riesgo. Como importante obligación formal del Plan General, es que éste debe contener la identificación expresa de estos suelos, que quedarán en el régimen propio de fuera de ordenación por incompatibilidad en todo caso³⁴.

sión de la licencia y en ella se expresará, a la vista de la certificación administrativa, el deber de demolición de las edificaciones cuando lo acordare el Ayuntamiento, sin derecho a indemnización en su caso, y con las demás consecuencias previstas en la legislación urbanística.”

³⁴ ANTÚNEZ TORRES, D., “Artículo 34”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía*, directores V. GUTIÉRREZ COLOMINA, y A. CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 398

A la luz de esta normativa, 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 disfrute³⁵. 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 urbanística³⁶.

Dicho lo anterior, resta hacer mención a las licencias de ocupación o utilización en las edificaciones fuera de ordenación³⁷. El Decreto 2/2012 ha considerado razonable su otorgamiento (art. 7.4), pero lo restringe a que se mantenga el uso originario o, en el supuesto de cambio de uso, se sujeta a que el nuevo uso resulte compatible con la ordenación territorial y urbanística vigente. No obstante, 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.

3. Situación de asimilación a la de fuera de ordenación

Bajo el grupo de las edificaciones disconformes con la ordenación urbanística se encuadra a las situaciones análogas o asimiladas a las de fuera de ordena-

³⁵ 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.

³⁶ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *op. cit.*, pág. 1175.

³⁷ Es reiterada la doctrina jurisprudencial que reconoce 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 Fundamento Jurídico Quinto reza “*la condición de fuera de ordenación no debe impedir el aprovechamiento óptimo del inmueble en utilización de las facultades que dimanar 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 ...*”.

ción. Es precisamente en esta categoría, junto con los asentamientos urbanísticos, donde reside el problema substancial en la aplicación de la norma comentada y el que va a generar una mayor conflictividad. Ahora estamos aludiendo, en particular, a las construcciones clandestinas o ilegales desde el momento de su nacimiento, que han quedado inmunes a la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística perturbada por el mero transcurso del tiempo, esto es, edificaciones construidas sin licencia o contraviniendo sus condiciones, respecto a las cuales se ha agotado el plazo para adoptar las medidas de protección de la legalidad urbanística. Ha de hacerse notar que se parte de una ilegalidad originaria contra la que la Administración competente no ha reaccionado a tiempo a fin de llevar a cabo la demolición de la construcción clandestina, no pudiendo ya atacar la misma debido a que simplemente ha transcurrido el tiempo legalmente previsto para ello.

Sobre esta cuestión podemos recordar que ha sido la jurisprudencia la que, en su función complementadora del ordenamiento jurídico a tenor del art 3 Código Civil, ha expandido el régimen de fuera de ordenación haciéndolo extensivo a las obras clandestinas carentes de licencia que el simple transcurso del tiempo impide ordenar la demolición, acuñando el concepto de situaciones análogas a las de fuera de ordenación³⁸. La prolongación del régimen de fuera de ordenación a aquellas actuaciones irregulares frente a las que ya no es posible aplicar medidas de restitución de la legalidad no es ciertamente una solución novedosa, por cuanto ha sido la jurisprudencia la que en el régimen urbanístico anterior la que había deducido la aplicabilidad de dicho régimen a estas situaciones³⁹. Esta analogía o trasunto, de nacimiento jurisprudencial, ha tenido acogida en las normativas autonómicas⁴⁰ que han asumido este concepto en su articulado, aplicando *mutatis mutandis* el estatuto de la situación legal de fuera de ordenación. Sin duda, la constatación de la utilidad práctica de esta figura y su progresiva depuración dogmática ha permitido articular un sistema que siendo de origen jurisprudencial va calando en algunas leyes urbanísticas. Por la funcionalidad del concepto

³⁸ SSTs de 5 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9365), 8 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8816), 6 de febrero de 1991 (RJ 1991\774), 19 de mayo de 1992 (RJ 1992\4220), 6 de octubre de 1992 (RJ 1992\7578).

³⁹ OLMEDO PÉREZ, S., “Disposición Adicional Primera”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía*, directores V. GUTIÉRREZ COLOMINA, y A. CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 1552.

⁴⁰ En las Islas Baleares, destaca por su tratamiento singularizado la Ley 8/1988, de 1 de junio, sobre edificios e instalaciones fuera de ordenación. En Cataluña, el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo, se refiere a los edificios y usos fuera de ordenación o con volumen disconforme, los artículos 53, 108, y 204.

desde un punto de vista práctico, ya sea con el término de análogo a fuera de ordenación, asimilado, equiparable o cualquier otro similar, auguramos la generalización del concepto en las normas urbanísticas autonómicas, aún cuando pueda introducirse alguna connotación particular en su tratamiento.

En cualquier caso, semejante asimilación consagra una distinción ontológica entre los genuinos y tradicionales supuestos de fuera de ordenación y estos otros supuestos análogos, en torno a los cuales se ha construido un régimen singular -situación de asimilación a la de fuera de ordenación- precisamente por la imposibilidad de reaccionar debido al transcurso del plazo legal para restablecer la legalidad urbanística. Régimen particular que también se hace extensible a aquellas obras e instalaciones en los casos de imposibilidad legal o material de ejecutar la resolución de reposición de la realidad física alterada, de donde resulta el denominado *cumplimiento por equivalencia*⁴¹ que se erige en un nuevo supuesto que amplía el acervo de la primigenia situación de fuera de ordenación.

Por lo demás, el régimen jurídico del asimilado a fuera de ordenación que se vislumbra en la Disposición Adicional Primera de la LOUA, se concentra en la nueva redacción del artículo 34.1 b) párrafo tercero del citado cuerpo legal, introducida por la Ley 2/2012, de 30 de enero, de modificación de la LOUA, que proporciona sostén legal al régimen de asimilación positivizado por el artículo 53 RDU, y en último término, para el suelo no urbanizable su estatuto hay que buscarlo en el artículo 8 DSNU.

En estos casos no se produce una legalización dado que el uso y las edificaciones son ilegales, lo que ocurre es que la Administración por mandamiento de la ley ya no está autorizada a restablecer la legalidad conculcada, pero ello no supone que se conviertan en legales. La caducidad enerva la acción de restablecimiento pero no salva la contravención existente entre las obras o edificaciones ilegales y la normativa urbanística aplicable. Así pues, las obras que no cuentan con licencia son claramente ilegales, situación que no queda sanada por el transcurso del tiempo de suerte que lo que era ilegal no deviene legal.

IV. EL CASO SINGULAR DE LAS 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

⁴¹ El cumplimiento por equivalencia se regula en el art 51 del Decreto 60/2010 que aprueba el Reglamento de Disciplina urbanística de Andalucía. La LOUA ha dado cobertura legal a esta institución en el art. 34.2 y en la Disposición Adicional Décima 1.4°.

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 urbanística⁴².

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 man-

⁴² 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 señalaren los Planes*”.

tiene 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 inmersas en el régimen propio del fuera de ordenación.

V. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EDIFICACIONES ASIMILADAS AL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN

Llegados a este punto, tras haber concretado la idea de fondo que encierra este régimen de equiparación y los presupuestos sobre los que pivota, se impone un examen del régimen de las edificaciones en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación. El marco jurídico instaurado en este trasunto por el Decreto andaluz se caracteriza por dos notas fundamentales; de un lado, las edificaciones siguen manteniendo su situación jurídica de ilegalidad y, en consecuencia, 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 gravosa que el contemplado para estas últimas.

1.- Presupuesto de hecho: caducidad de la acción restauradora del orden jurídico vulnerado

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 RDU⁴³ 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*”⁴⁴ y en contra del principio de la buena fe plenamente operante en el procedimiento.

Bajos estos criterios, no procede bajo ningún concepto la declaración de asimilación respecto, de un lado, a las edificaciones en las que no haya finalizado el plazo máximo para imponer medidas de restauración del orden urbanístico vulnerado, seis años desde la completa terminación según la nueva redacción de la Ley 2/2012, de 30 de enero, a la LOUA, y de otro, los inmuebles que se encuentren en alguno de los supuestos cualificados recogidos en el apartado 2 del art. 185 LOUA, en los que la limitación temporal no rige para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística. Aquí realmente estamos en presencia de supuestos susceptibles del ejercicio de la acción de protección, y por ello quedarían englobados dentro de esa *quasi* categoría de la que *ut supra* hemos dicho que no tiene sustantividad propia pues se limita a recordar a la Administración, como contrapartida, que debe ejercer sus potestades disciplinarias.

⁴³ El art. 40.2 RDU⁴³ 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”.

⁴⁴ 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).

B) El problema de la transitoriedad

Cuestión conexas con lo anterior, que trae origen en el aumento del plazo de cuatro a seis años operado por la Ley 2/2012, es la concerniente a cómo se aplica esta ampliación del plazo a las situaciones de transitoriedad, como por ejemplo respecto a aquellas edificaciones que no tienen una antigüedad superior a cuatro años a 28 de febrero de 2012, fecha de entrada en vigor de la modificación. En este punto, primariamente ha de advertirse la inexistencia en la Ley 2/2012, de 30 de enero, de una norma de derecho transitorio que determine el alcance concreto del plazo de caducidad⁴⁵, que pasa a ser de un sexenio. De este modo, habremos de acudir a las Disposiciones Transitorias del Código Civil y a la conocida doctrina de ROUBIER⁴⁶ sobre los efectos retroactivos de las normas⁴⁷.

Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el principio general es la irretroactividad de las normas, de modo que no puede perjudicar los derechos adquiridos de acuerdo con la normativa anterior que se deroga, y siempre a salvo la posibilidad de que la propia norma establezca un efecto diferente, respetando en cualquier caso la limitación constitucional en el ámbito penal y sancionador. A este respecto, interesa destacar que a pesar de que nada se indica respecto a la eventual transitoriedad o grado de retroactividad⁴⁸ que determine el alcance de esta modificación del plazo de caducidad, el hecho de que la potestad de protección de la legalidad urbanística vea ampliado el plazo para su ejercicio, no genera un problema de retroactividad *in peius*, ni puede resolverse mecánicamente aplicando la ley vigente en el momento en que comenzó a correr la caducidad, bajo el imperio de un plazo para el ejercicio de la potestad en ese momento más breve. Es claro que a una solución semejante se llegaría comprendiendo que la aplicación del plazo ampliado de seis años a las prescripciones en curso no es sino un ejemplo de lo que

⁴⁵ La jurisprudencia, en general, *verbi gratia* la STSJ de Andalucía de 23 de septiembre de 2010 (JUR 2011\52564) que califica la naturaleza de este plazo como de caducidad, por tanto, cabe su suspensión, pero no la interrupción. No obstante, cierto sector doctrinal entiende que la lógica jurídica aconseja que el plazo es de prescripción.

⁴⁶ 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 pendencia) 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*”

⁴⁷ *Cfr.* LÓPEZ MENDUO, F., El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1982, pág. 114.

⁴⁸ MUÑOZ MACHADO, S. “Retroactividad”, en *Diccionario de Derecho Administrativo, II*, Director S. MUÑOZ MACHADO, Iustel, Madrid, 2005, pág. 2288.

la doctrina española clásica denominó como “retroactividad de grado mínimo”, para significar aquellos casos en que la ley nueva es aplicada a los efectos 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 retroactividad⁴⁹. 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 vigencia⁵⁰.

Partiendo de hecho de que no estamos ante una aplicación retroactiva de la norma⁵¹, 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,⁵² el pro-

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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.

⁵² 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).

cedimiento no tiene una finalidad sancionadora sino reparadora de la realidad física y de restauración del ordenamiento urbanístico perturbado, siendo este efecto independiente del sancionador⁵³.

Bajo estos parámetros, 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 de la edificación, circunstancia que habrá de ser verificada de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40 del RDU. La razón de ello puede encontrarse en las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del Código Civil, en virtud de las cuales se registrarán por la legislación anterior aquellos derechos y contratos válidos, nacidos y realizados bajo su régimen, en cuanto derecho que ha sido consolidado e integra por ello el patrimonio de su titular, sin que pueda ser afectado sin indemnización por la modificación posterior de la norma por la que se rige. Por el contrario, todas aquellos actos edificatorios y de uso del suelo que a dicha fecha estuviesen en ejecución, por no haber concluido aun la construcción o por no poder ser considerada como completamente terminada conforme al art. 40 del RDU, quedaran sujetos al nuevo plazo de caducidad de seis años, que se computara en la forma ordinaria. Idéntica situación es aplicable a las edificaciones que si bien están completamente terminadas en el momento de entrada en vigor de la norma, aún no ha transcurrido el plazo de cuatro años a contar desde la misma, quedando en consecuencia sometidas al nuevo plazo de seis años.

Con toda razón se puede afirmar que el cambio legislativo no supone vulneración alguna del principio constitucional establecido en el art. 9.3 CE, y razonado que en ningún caso estamos ante un derecho adquirido y mucho menos cuando se encuentra en contradicción con el ordenamiento urbanístico, nos atrevemos a concluir bajo estas premisas que sólo en casos de caducidad ganada desde la total terminación de una edificación podría invocarse la aplicación de la redacción del art. 185.1 antes de la modificación operada por la Ley 2/2012. Según lo expuesto, en el hipotético caso de que la edificación, finalizada y dispuesta a servir al fin previsto, se encuentre aún pendiente, o en curso de prescribir su acción para la reintegración del orden urbanístico vulnerado, sería aplicable el plazo de caducidad de seis años, conforme a la nueva redacción del art. 185.1 de la LOUA. En caso contrario, esto es, caducidad consumada por el transcurso del plazo de cuatro años desde la total terminación de la obra, no podría aplicarse retroactivamente el nuevo plazo de un sexenio establecido en el art. 185.1 de la LOUA, veinte desde la fecha 28 de Febrero de 2012.

⁵³ Arts. 186 LOUA y 54 RDU

Por todo ello, sólo cuanto estemos ante la completa terminación de una construcción o edificación hace más de cuatro años a fecha 28 de febrero de 2012 no procedería la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística por haber caducado precisamente la acción, de manera que en el caso de que al tiempo de la entrada en vigor de la norma no hubiese transcurrido el plazo cuatrienal para entender “ganada” la caducidad, sería de aplicación el nuevo plazo de un sexenio para el restablecimiento del orden jurídico perturbado. Así las cosas, la ampliación del plazo supone, en caso de no perfeccionamiento de la caducidad, extender temporalmente la potestad pública de protección de la legalidad urbanística, extremo que debe ser tenido en cuenta por las Administraciones competentes a los efectos de su ejercicio debido.

En suma, la ampliación del plazo, de cuatro a seis años, para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento vea ampliado el plazo para su ejercicio, no genera un problema de retroactividad *in peius*, por cuanto no estamos en puridad ante un supuesto de retroactividad, sino de “efecto inmediato” de la ley nueva.

2. Límites materiales

Sin perder de vista las anteriores consideraciones ampliamente expuestas, existen otras limitaciones de carácter material que impiden la declaración de asimilado a fuera de ordenación, y que expresamente se recogen en el apartado 2 del art. 8:

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.

A continuación, vamos a analizar cada uno de estos dos supuestos:

A. Edificaciones ubicadas en suelo no urbanizable de especial protección

La limitación temporal para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística no rige con respecto a los actos y usos que afectan a terrenos clasificados como suelo no urbanizable especialmente protegido y el resto de supuestos recogidos en el art. 185.2 LOUA, y en consecuencia, no cabe que sean objeto de reconocimiento de asimilación. Este supuesto ha sido objeto de amplio comentario en el epígrafe anterior por lo que se hace un tanto innecesario reiterar lo ya expuesto.

a) *La protección sobrevenida*

Merece la pena detenerse en el art. 3.2.b Decreto 2/2012, que suscita la interesante cuestión que se origina cuando en una infracción urbanística cuya acción de reposición del orden vulnerado aún no ha caducado se produce una “protección sobrevenida” del terreno bien por un instrumento de planeamiento general municipal, de planeamiento subregional, o por la aplicación de un régimen de protección ambiental. En efecto, de la dicción de dicho precepto se colige que si no se hubiese agotado el plazo para adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística que establece el artículo 185 de la LOUA, con anterioridad al establecimiento del régimen de protección especial o la imposición de cualquier otra de las limitaciones previstas, no procede el reconocimiento de la situación de asimilado al de fuera de ordenación, y por ende, motiva la imprescriptibilidad de la acción.

Debe notarse ante todo que es deseable que el instrumento normativo responsable del cambio sobrevenido prevea qué hacer con estas situaciones. En caso de silencio, lo cierto es que si no ha transcurrido el plazo vinculado al suelo no urbanizable común, el hecho de pasar a calificarse como suelo no urbanizable de especial protección conlleva que el plazo de caducidad deviene inexistente. Ciertamente cabe pensar que la inmersión del terreno en algunos de los supuestos del art. 185.2 entraña la inexistencia de plazo limitativo para adoptar las medidas tendentes a la reposición de la realidad física alterada siempre que no se haya perfeccionado la caducidad de la acción.

Como hemos apuntado, el fundamento de este aserto radica en el hecho de que sólo se dispone de una expectativa⁵⁴ en el momento del cambio normativo y

⁵⁴ Ya hemos advertido anteriormente que únicamente se impide la retroacción de la norma a situaciones pretéritas consumadas o hechos cumplidos. Podemos profundizar en este estudio seña-

no de un derecho adquirido ni por tanto restricción a éste, cuando la construcción es ilegal o clandestina y no se han consumado los plazos, amén de que no estamos, en puridad, ante un procedimiento de naturaleza sancionadora. Esta conclusión no resulta enervada por el principio de seguridad jurídica⁵⁵. No estamos ante un derecho adquirido como un baluarte indestructible en las eventuales modificaciones de las normas. Es más, el Tribunal Constitucional ha venido manteniendo el criterio de que los cambios del Derecho no atentan contra la seguridad jurídica, habida cuenta de la inadmisibilidad de la petrificación o congelación del Derecho⁵⁶.

Como tuvimos ocasión de comentar, en puridad, 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, de suerte que realmente se trata de supuestos de aplicación estricta de la norma jurídica, aunque ésta tenga naturaleza reglamentaria⁵⁷. En esta línea, se admite la aplicación de la nueva

lando que el concepto de retroacción no tiene autonomía sino que está en función del tipo y grado de consolidación de la relación jurídica concreta sobre la que incide el cambio normativo. De este modo, si la norma pretende regular hechos cumplidos (*facta praeterita*) es retroactiva, por el contrario, si pretende regular situaciones en curso (*facta pendencia*) es claro que la norma nueva no tendrá más que un efecto inmediato. Por consiguiente, el efecto retroactivo de la norma es el estrictamente prohibido, por el contrario, el efecto inmediato de la norma constituye la regla, esto es, la norma nueva debe aplicarse de inmediato a las situaciones en curso, no consolidadas, a partir del día de su entrada en vigor. Dicho de otro modo, con respecto a los “hechos en sí” las normas son irretroactivas si éstos han sido consumados anteriormente, pero respecto a las situaciones sucesivas que producen efectos para el futuro, no puede hablarse de retroactividad sino de aplicación estricta de una norma jurídica. Abundando en esta idea, no se rebasa el límite inicial de la eficacia temporal de una norma, aplicándola a hechos que se producen con anterioridad a su entrada en vigor, ni puede hablarse de retroactividad cuando no se extiende sus efectos fuera del período de tiempo acotado para la perfección de los derechos, y ello aunque su eficacia estricta e inmediata se oponga a la subsistencia de la normativa derogada, para continuar regulando con posterioridad los ulteriores efectos de las relaciones jurídicas nacidas a su amparo, pues sólo se impide, como regla general, la retroacción de la normas situaciones pretéritas consumadas.

⁵⁵ Es cierto que no son infrecuentes las invocaciones a la seguridad jurídica con la pretensión de justificar cualquier medida o actuación adoptadas, hasta el punto de que se llega a motivar de manera apodíctica solo con el recurso a este principio. Sin embargo, parece claro que el principio de seguridad jurídica no ampara, sin más, las meras expectativas derivados de una situación normativa precedente.

⁵⁶ BERMEJO VERA, J., “El principio de seguridad jurídica”, en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Director: J.A. SANTAMARÍA PASTOR, La Ley, Madrid, 2010, pág. 96.

⁵⁷ 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 de-

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 agotado⁵⁸.

Sobre estas premisas, si aún no se ha perfeccionado la caducidad de la acción para alcanzar la situación de asimilación que reconoce el DSNU, debe aplicarse el régimen que resulte de la nueva clasificación del suelo. Dicho de otro modo, la ausencia de una “caducidad ganada” supone que el régimen de especial protección sobrevenida afecta al plazo en cuestión y sujeta a partir de este momento a una circunstancia de imprescriptibilidad en el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística alterada, no así en sede sancionadora. El cambio sobrevenido implica que no opere la limitación temporal del art. 185.1 LOUA para la adopción de medidas de reposición de la realidad física alterada⁵⁹, cobrando plena virtualidad la excepción a la limitación temporal del apartado segundo de dicho precepto en atención a los bienes jurídicos “superiores”.

En definitiva, y a modo de conclusión, si a la entrada en vigor de la protección sobrevenida la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística se encontrase caducada respecto de los actos de construcción, edificación o uso del suelo que se hubiesen realizado sin licencia u orden de ejecución, los actos edificatorios quedarán inmunes frente a la imprescriptibilidad derivada de la nueva categoría urbanística. *A sensu contrario*, si el plazo no se hubiese agotado, la edificación no quedará inmune y estará sometida, por tanto, a la imprescriptibilidad de la acción contemplada en el apartado segundo del art. 185 LOUA, y como contrapartida, se impone la incoación del procedimiento de restablecimiento de

cisiones 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

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Postura avalada por una nutrida doctrina jurisprudencial, entre otras, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, en sus sentencias núm. 862/2013 de 26 junio de 2013, 930/2013 de 10 julio (JUR 2013\289665), y 934/2013 de 10 de julio de 2013 (JUR 2013\289332). Y en esta misma línea se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en su sentencia núm. 82/2000, de 11 de Diciembre (RJCA 2000\2387).

la legalidad urbanística, sin sujeción a plazo. Estando viva la acción de restitución falta el presupuesto de hecho necesario para el reconocimiento de asimilado a fuera de ordenación, lo que conlleva, a su vez, la obligación de la Administración municipal de reaccionar para reintegrar el orden conculcado y descarta, insistentemente, toda declaración de asimilado al régimen de fuera de ordenación. La decantación a favor de esta opción comporta, en su plasmación práctica, que sobre las edificaciones que se encuentren en este estado se alza una verdadera espada de Damocles, que amenazadoramente pende de un hilo y puede caer en cualquier momento sobre ellas.

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

La configuración de esta cortapisa de naturaleza substancial y obstaculizadora de la eventual declaración de asimilación de las edificaciones integradas dentro de una parcelación urbanística⁶⁰ enlaza directamente, por pura coherencia legal, con la imprescriptibilidad de este tipo de infracciones prevista en el art. 185.2⁶¹ y la reposición íntegra de la realidad física perturbada.

En sintonía con la legislación urbanística vigente en nuestra Comunidad, tales edificaciones no son susceptibles de ser declaradas en régimen de asimilación, precisamente porque la limitación temporal no rige respecto a los actos y usos que afecten a parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable. Pero es que además, el art. 49 j) RDU⁶² pormenoriza la manera de restablecer el orden jurídico perturbado, de modo que apreciada la existencia de una parcelación urbanística en suelo no urbanizable se habrán de eliminar los elementos que materialicen tal fraccionamiento, tanto los actos iniciales y preparatorios de la parcelación, como los actos y usos que se hayan materializado en cada una de las parcelas resultantes por medio de la demolición de las edificaciones que la integren y reagrupación de las parcelas a través de una reparcelación forzosa. Esta consecuencia deriva directamente del artículo 182.1 LOUA, que establece 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

⁶⁰ *Vid.* arts. 66 a 68 LOUA y 8 a) RDU.

⁶¹ Además las parcelaciones ilegales en suelo rústico merecen la consideración de infracciones continuadas, como así se deja sentado, entre otras, en las STS de 16 de octubre de 1984 (RJ 1984, 6602), 16 de junio de 1998 (RJ 1998, 4554) y 28 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 9248).

⁶² Precepto que no ha sido alterado por el DSNU, que por el contrario modifica determinadas disposiciones del RDU.

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 parcelación⁶³.

La única explicación posible para poder encajar legalmente el art. 8.2.b) –precepto que presenta una compleja exégesis- y que no constituya una previsión *ultra vires*, es que se refiere exclusivamente a los inmuebles primigenios anteriores a la existencia misma de la parcelación urbanística – de ahí que emplee el término de aisladas-, y que por circunstancias sobrevenidas se sitúan posteriormente dentro de una parcelación no prescrita, de forma que para poder reconocerlas como asimiladas debe procederse con carácter previo a la reagrupación de las parcelas mediante una reparcelación forzosa de las que han sido objeto de dichos actos de previa división, según determina el art. 183.3 LOUA. El precepto reglamentario viene a excepcionar a estas edificaciones que en su origen eran aisladas, pero que por mor de un proceso parcelatorio han acabado dentro de una parcelación urbanística. De este contexto normativo resulta que para el resto de inmuebles incluidos en la parcelación en suelo no urbanizable realizados con posterioridad a la LOUA, y por ende, sujetos a la imprescriptibilidad temporal de la potestad de protección, recae sobre la Administración como deber contrario la apertura del correspondiente procedimientos para la restauración de la realidad física alterada conforme al art 49.2.j del RDU.

En cualquier caso, lo que no suscita ningún género de duda es que las edificaciones incluidas en una parcelación urbanística en suelo no urbanizable no van a poder ser declaradas en situación de asimilación, salvo que previamente se haya procedido a la reagrupación de las parcelas a través de una reparcelación forzosa.

VI. PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE ASIMILADO AL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN

La resolución de declaración de asimilado se erige en el título administrativo que le otorga carta de naturaleza a la edificación permitiéndole emerger del limbo jurídico y, a su vez, va a concretar el régimen particularizado de su situación.

⁶³ 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.

Sobre este particular, lo primero que hemos de advertir es que no hay un simple y directo reconocimiento legal de una situación de incompatibilidad urbanística, sino toda una actividad administrativa conducente a la declaración expresa de una situación jurídica específica⁶⁴. En rigor, no cabe confundir la eventual resolución dictada por el órgano competente por la que se acuerda el transcurso de los plazos que permiten a la Administración reaccionar para la reposición de la realidad física vulnerada, y la que de forma expresa declare la edificación en situación de asimilado a fuera de ordenación. Prueba de que se trata de dos cosas distintas es la nueva redacción del apartado 4 del art. 53 RDU, y la Disposición Transitoria Segunda del Decreto 2/2012, que se refiere a las edificaciones en asentamientos urbanísticos, precisando que no cabe el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación de estas edificaciones hasta que se proceda a la aprobación del PGOU que incorpore los asentamientos urbanísticos, y añade que lo es “*sin perjuicio de que, a solicitud de sus titulares, se acredite por los Ayuntamientos que ha transcurrido el plazo para adoptar medidas para el restablecimiento del orden urbanístico infringido*”.

Y es que esta declaración por la que se acuerda la imposibilidad de reaccionar debido al transcurso del plazo de ejercicio de las facultades administrativas de protección de la legalidad en ningún caso puede contener el régimen jurídico particularizado aplicable a la edificación en cuestión, ya que solamente puede recoger la constatación fáctica de un dato objetivo -el transcurso de los plazos de reacción-, sin perjuicio de introducir las condiciones, determinaciones o advertencias derivadas de las exigencias claras del ordenamiento jurídico vigente que especifiquen la auténtica situación fáctica del inmueble.

Teniendo esto presente, es oportuno consignar que este pronunciamiento específico del transcurso del plazo se integra, en todo caso, en el contenido de la resolución de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, como parte indisoluble de la misma, que es de obligada mención por exigencia del art. 12.1 c) DSNU. La inclusión de esta obligación en el precepto pretende garantizar que efectivamente el paso del tiempo ha frustrado que la Administración pueda reaccionar.

Continuando con la sistemática expositiva, una nota importante a tener en cuenta es que para alcanzar el status de asimilado a fuera de ordenación se debe tramitar un procedimiento para el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, cuya regulación de manera detallada se contie-

⁶⁴ MELLADO RUIZ, L., *op. cit.*, págs. 36 y ss.

ne en los artículos 9 a 12 del Decreto 2/2012, y cuya competencia se residencia en el Ayuntamiento correspondiente.

Habiendo dejado claro previamente que la tramitación de procedimientos de reconocimiento de asimilación requiere la identificación de los asentamientos a través del PGOU, o en su defecto, mediante la aprobación del Avance o en su caso, el acuerdo de Declaración de Innecesariedad, el procedimiento para el otorgamiento de la resolución de reconocimiento se tramita y resuelve conforme a la legislación sobre régimen local y a la del procedimiento administrativo común, a las especialidades procedimentales establecidas en la normativa urbanística y a las reglas particulares establecidas en el Decreto.

1. Inicio del procedimiento

De entrada, el procedimiento se puede iniciar de oficio o bien mediante presentación de solicitud por la persona titular de la edificación dirigida al Ayuntamiento, acompañada de la documentación, suscrita por personal técnico competente, que acredite, como mínimo, los siguientes aspectos:

- a) Identificación del inmueble afectado, indicando el número de finca registral en el caso de que estuviera inscrito en el Registro de la Propiedad y su localización geográfica mediante referencia catastral o, en su defecto, mediante cartografía oficial georreferenciada.
- b) Fecha acreditada de la terminación de la edificación.
- c) Aptitud de la edificación terminada para el uso a que se destina, mediante certificación que acredite que reúne las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad.
- d) Descripción de las obras necesarias e indispensables para poder dotar a la edificación de los servicios básicos necesarios para garantizar el mantenimiento del uso de forma autónoma y sostenible o, en su caso, mediante el acceso a las redes.

Estos documentos revisten carácter de contenido mínimo, por lo que mediante Ordenanza Municipal, los Ayuntamientos pueden establecer cualquier otra documentación que deba acompañar a las solicitudes de reconocimiento, así como aprobar modelos normalizados de solicitudes. Asimismo, las personas titulares de edificaciones aisladas, contiguas o próximas entre sí y ubicadas en el mismo término municipal, en aras de una adecuada regularización podrán proponer al Ayuntamiento soluciones coordinadas para la prestación de ciertos servi-

cios, siempre que la solución propuesta garantice el carácter autónomo y sostenible de los mismos.

2. Instrucción

En cuanto a la instrucción del procedimiento (art. 11 DSNU), y una vez que esté completa la documentación, el Ayuntamiento, justificadamente y en razón a las circunstancias que concurren, solicitará los informes sectoriales que resulten procedentes a los órganos y entidades administrativas gestores de intereses públicos afectados.

A la vista de la documentación aportada y de los informes sectoriales que se hubieran emitido, se tienen que emitir los informes preceptivos tanto técnico como jurídico por los servicios municipales que, como garantía de acierto, se deben pronunciar sobre el cumplimiento de los presupuestos de hecho para poder reconocer la situación de asimilación.

En función de lo que se desprenda de los actos de instrucción, y siempre con anterioridad a la eventual resolución definitiva, el Ayuntamiento puede requerir la realización de las obras e instalaciones indispensables que posibiliten, en su caso, la posterior contratación de los servicios básicos, estableciendo un plazo máximo tanto para la presentación del proyecto técnico como para la ejecución de las citadas obras. En el caso de soluciones coordinadas para la prestación de servicios se tiene que exigir además un acta de compromisos ante el Ayuntamiento o formalizada en documento público, suscrita por los titulares de las edificaciones que cumplan los requisitos para el reconocimiento. Igualmente, el Ayuntamiento puede dictar órdenes de ejecución para aquellas obras de reparación que por razones de interés general resulten indispensables para garantizar la seguridad, salubridad y ornato, incluidas las que resulten necesarias para evitar el impacto negativo de la edificación sobre el paisaje del entorno. En relación con lo anterior, es necesario acreditar en el plazo previsto en el requerimiento o en la orden de ejecución la realización de las obras exigidas mediante certificación técnica, lo que debe ser comprobado nuevamente por los servicios municipales mediante informe.

3. Resolución

La resolución de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación debe contener obligatoriamente:

- a) la identificación de la edificación,
- b) el reconocimiento de la aptitud de la edificación terminada para el uso al

- que se destina por reunir las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad exigidas para dicho uso,
- c) el reconocimiento de que la edificación se encuentra en situación de asimilada a régimen de fuera de ordenación, que es la cuestión de fondo principal,
 - d) y la especificación de las obras que pueden ser autorizadas, así como los servicios básicos que puedan prestarse por compañías suministradoras, y las condiciones del suministro.

Otro aspecto que no debe descuidarse es que el plazo máximo para resolver y notificar es de seis meses, que comienza a contar desde la fecha en la que la solicitud tenga entrada en el registro del Ayuntamiento competente para resolver, o desde el acuerdo por el que se inicia el procedimiento de oficio. Este plazo se suspenderá por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y la acreditación de su cumplimiento. Transcurrido el plazo sin que se hubiese notificado se entiende desestimada la solicitud por silencio administrativo, o en los procedimientos iniciados de oficio se produce -según la norma comentada- la caducidad del expediente⁶⁵. La competencia se atribuye al Alcalde por su carácter residual a tenor del art. 21.1 s) Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, para los municipios de régimen común y el artículo 124.4.ñ) para los Municipios de Gran Población.

Finalmente, hay que dejar apuntado que en el caso de que la resolución fuera denegatoria se debe motivar⁶⁶, con la advertencia expresa de que la edificación no puede ser utilizada. En este supuesto, dice el art. 12.5 DSNU que el Ayuntamiento debe adoptar las medidas de protección de la legalidad urbanística y de restablecimiento del orden jurídico infringido que procedan. En el caso de que, a la luz de la instrucción, la resolución expresa fuese desestimatoria porque no se haya agotado el plazo para el ejercicio de la potestad de restablecimiento, el Ayuntamiento debe obviamente reaccionar incoando el correspondiente procedimiento reparador.

⁶⁵ Se utiliza aquí incorrectamente el régimen de la caducidad o perención al tratar los efectos de la inactividad de la Administración en los procedimientos iniciados de oficio. Realmente opera la institución del silencio administrativo negativo a tenor de lo dispuesto en el art. 44.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la medida que estamos ante procedimientos que potencialmente van a derivar en el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, sin que quepa hablar de efectos en si mismos desfavorables.

⁶⁶ El art. 12.5 DSNU exige la necesidad de indicar las causas que motivan la denegación en coherencia con lo dispuesto en el art. 54 LRJPAC.

Ahora bien, el interrogante se plantea cuando precisamente ha caducado la acción, en cuyo caso, lo lógico es pensar que esa resolución denegatoria obedece bien al incumplimiento de las condiciones exigidas normativamente de seguridad, habitabilidad y salubridad, o bien a la inobservancia de los requerimientos formulados por el propio Ayuntamiento en el seno del procedimiento, de ahí que quepa la adopción, a pesar del transcurso del plazo, de otras medidas de disciplina urbanística fundamentadas en el interés general, dado que la prescripción de la acción no implica la desaparición de aquellas otras potestades públicas para conformar y ordenar el territorio. Observamos en este extremo que la norma presenta algunas carencias por no concretar el alcance de las medidas de protección de la legalidad urbanística que puede ejercitar la Administración. Aunque no está precisado este punto, puede percibirse que, al margen de la posible expropiación⁶⁷, está aludiendo implícitamente a la posibilidad de hacer uso de las técnicas administrativas de intervención restauradora⁶⁸ cuando se produce el agotamiento de la edificación, llegando por esta vía incluso a la demolición, previo expediente tendente a la declaración de ruina⁶⁹. Naturalmente, el Ayuntamiento además puede adoptar las medidas cautelares o de urgencia que protejan la seguridad y la salubridad del inmueble, y eviten riesgos y daños a personas o a bienes.

VII. EFECTOS

1. Régimen restrictivo

La figura analógica perfila un régimen jurídico más restrictivo que el previsto para las edificaciones fuera de ordenación. Es indudable que el estatuto jurídico aplicable a las edificaciones en fuera de ordenación no debe ser extrapolable sin más a las construcciones ilegales, ejecutadas al margen del ordenamiento urbanístico, sobre las que no resulta posible la adopción de medidas de protección de

⁶⁷ El artículo 160.1 LOUA recoge como causas expropiatorias, entre otras, la realización de actos de parcelación o reparcelación, uso de suelo o edificación constitutivos legalmente de infracción urbanística grave, y la inobservancia de los deberes legalmente exigibles de conservación y rehabilitación de los inmuebles como un supuesto de incumplimiento de la función social de la propiedad.

⁶⁸ La policía administrativa sobre las edificaciones no se limita a la previa concesión de las licencias urbanísticas que sen necesarias, sino que se extiende a momentos posteriores, bien imponiendo la realización de determinadas obras, órdenes de ejecución, bien declarando la situación de ruina atendiendo al estado del inmueble, y ordenando, en su caso, la demolición total o parcial del inmueble.

⁶⁹ *Vid.* arts. 155 a 159 LOUA.

la legalidad urbanística, simplemente por el transcurso del plazo previsto para ello, ya que resultaría injusto, por la propia situación de partida, en ambos casos diferente (una de origen legal y la otra de origen ilegal), que reciban un tratamiento igual. Lo contrario supondría indudablemente hacer de mejor condición a las obras nacidas en la ilegalidad que las ejecutadas de acuerdo con la ordenación urbanística y que después devienen, por alteración del planeamiento, contrarias a éste. Por la misma razón, no supone que la situación pase a ser idéntica a aquella en que la construcción se haya hecho con licencia, precisión ésta que resulta relevante pues una cosa es que la obra no pueda ser derribada y otra que de la ejecución de un acto ilegal se deriven los derechos previstos para cuando se proceda conforme a derecho⁷⁰.

Con este punto de partida, debe repararse que en estas situaciones análogas únicamente se pueden autorizar obras de reparación y conservación que exija el estricto mantenimiento de las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad del inmueble (art. 8.3 DSNU), mientras que en la situación legal de fuera de ordenación se consienten las obras y usos que establezca el instrumento de planeamiento general en función del grado de compatibilidad de las edificaciones, y supletoriamente por lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la LOUA. Ahora en coherencia con la Disposición Final primera del DSNU que modifica el art. 53 LOUA, se elimina la posibilidad de solicitar, por excepcionalidad, obras de consolidación, que se permitían en la primitiva redacción. Desde este prisma, los términos empleados revisten una cierta indeterminación, aunque dado el carácter altamente restrictivo de las obras autorizables, deben orientarse a la estricta conservación puntual del inmueble. Sin poder descender en el examen particularizado de la prolija casuística que se plantea en orden a discernir qué obras han de estimarse permitidas y cuales están prohibidas⁷¹, ha de hacerse notar que se proscriben las obras de consolidación e incremento del valor y que prolonguen la vida del edificio más allá de sus características y naturaleza. Ciertamente, se impone que la vida del inmueble queda limitada al no permitirse obras de consolidación, y por supuesto, tampoco de rehabilitación⁷². Tiene

⁷⁰ Vid. STS de 15 noviembre 2001 (RJ 2002\481), Fundamento de Derecho primero y único.

⁷¹ Estarían prohibidas, en todo caso, las obras que supongan la rehabilitación o reconstrucción de elementos esenciales de la edificación, las que incidan en la estructura del edificio, en pilares, cimentaciones, muros de carga.

⁷² CORRAL GARCÍA, E., "Responsabilidad patrimonial por actos urbanísticos. Supuestos indemnizatorios", en *Derecho Urbanístico de Andalucía*, dirección: E. SÁNCHEZ GOYANES, La Ley- El Consultor, Madrid, 2006, pág. 1217.

por finalidad la desaparición de la edificación, por el mero transcurso del tiempo, cuya actuación, en un plazo prolongado terminará con su eliminación física⁷³, y en ese interín, conserva su subsistencia conforme a su vida útil.

Aclaremos, además, que en las edificaciones en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación no procede, en ningún caso, el otorgamiento de licencias de ocupación o de utilización, según determina de manera taxativa el art. 8.6 DSNU, y ello sin perjuicio de las condiciones que puedan establecerse por el Ayuntamiento en la resolución de reconocimiento.

2. El problema de los servicios básicos

Este régimen más gravoso no sólo se proyecta sobre las obras admisibles sino que también alcanza a otros aspectos. Particularmente importante, por su trascendencia, es la prestación 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.

En la búsqueda inagotable de soluciones y en lo que atañe a los servicios básicos a las edificaciones en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, la regla general para el suelo no urbanizable es que su prestación se ha de resolver mediante instalaciones de carácter autónomo, ambientalmente sostenibles y sujetas en todo caso a la normativa sectorial aplicable. Y excepcionalmente, -no cabe convertir la excepción en regla general-, la resolución de reconocimiento puede autorizar la acometida a servicios básicos de abastecimiento de agua, saneamiento y energía eléctrica por compañía suministradora, siempre que se cumplan una serie de requisitos: accesibilidad; acreditación por la compañía suministradora de la viabilidad de la acometida⁷⁴; y no inducción a la implantación de nuevas edificaciones⁷⁵. En este supuesto excepcional huelga comentar que los costes que se deriven de las infraestructuras necesarias para posibilitar las conexiones corren a cargo de los propietarios.

⁷³ STSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2007 (JUR 2008\156506).

⁷⁴ Es reprochable que se ceda una parte importante del control urbanístico a las compañías suministradoras, que recordemos se mueven, legítimamente, por intereses distintos a los públicos. A todo esto se une la indeterminación del concepto empleado, 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.

⁷⁵ *Vid.* art. 52.6 LOUA

Como ya hemos avanzado será la resolución de reconocimiento la que establezca los servicios básicos autorizados, las condiciones de acometida y la forma en la que se van a prestar dichos servicios. De hecho, con una deficiente técnica jurídica y en detrimento del principio de seguridad jurídica, ahora el papel tradicional que se le atribuía a la licencia de ocupación o utilización va a ser asumido por este acto, que se erige en el título habilitante para poder acceder a los servicios, si bien, en los estrictos términos que en el mismo se dispongan.

Es importante concretar este último extremo ya que es precisamente esta resolución la exigible, en sustitución de la licencia de ocupación o utilización, por las compañías suministradoras a los efectos de proceder a la contratación de los servicios, conforme a lo dispuesto en el art. 175.3 LOUA⁷⁶.

3. Otros efectos

En otro orden de cosas, conviene tener presente que al otorgamiento de la resolución declarativa de la situación de asimilación se anudan otra serie de efectos o consecuencias:

a) Reconocimiento expreso de la caducidad de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística vulnerada. La constatación de esta circunstancia, fruto del transcurso del tiempo, se torna en presupuesto de hecho imprescindible para proceder a la declaración de asimilación, y así debe recogerse en la propia resolución, salvo que se trate de un supuesto de cumplimiento por equivalencia por concurrir causa de imposibilidad legal o material de ejecutar la resolución de reposición de la realidad física alterada.

b) No supone una legalización del uso, sólo una mera tolerancia siempre que la construcción reúna las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad exigidas para dicho uso⁷⁷. Ciertamente el DSNU no limita su aplicación al uso residencial, no obstante, aparece impregnado todo su articulado por una implí-

⁷⁶ Este apartado tercero del artículo 175 introducido por la Ley 2/2012, puntualiza que en los casos regulados reglamentariamente para los que proceda el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación, conforme a lo dispuesto por la letra b) del artículo 34.1 LOUA, la contratación de los servicios se llevará a cabo bajo las condiciones establecidas por el reconocimiento, que será título suficiente para la prestación de los servicios autorizados por el mismo.”

⁷⁷ El Tribunal Supremo, en reiterada y prácticamente unánime doctrina al efecto, *verbi gratia*, en sus Sentencias de 27 diciembre 2001 (RJ 2002\4628), 3 junio 2002 (RJ 2002\5171), y de 15 octubre 2002 (RJ 2002\9377) tiene declarado que la simple actividad derivada de un determinado uso, durante un período de tiempo, más o menos prolongado, sin licencia para ello, por simple toleran-

cita alusión a las viviendas ilegales en suelo no urbanizable, que se percibe de manera mas evidente en las Normas Directoras, de ahí que tácitamente sea permisivo con este uso.

Dicho lo anterior, queremos destacar que, en el caso de que se trate de una edificación en la que se venga desarrollando algún tipo de actividad y se tenga la 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 continuada⁷⁸, 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 tratarse, insistimos, de una infracción de tracto continuado⁷⁹.

cia de la Administración, incluso cuando tuviese conocimiento de ello, o hubiere debido tenerlo en virtud de las circunstancias concurrentes, en absoluto supone ni equivale a la concesión de la correspondiente licencia municipal, aunque se hubiesen venido devengando las tasas e impuestos estatales o locales, correspondientes a esa actividad, sin que la carencia de licencia para ello, pueda ser suplida por el transcurso del tiempo, sino por la previa solicitud de la misma, con los requisitos formales y materiales exigibles al efecto.

⁷⁸ 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)]”.

⁷⁹ 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

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 Especial⁸⁰, el correspondiente instrumento de prevención ambiental⁸¹ 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 este aserto 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 significar es que el transcurso del plazo señalado para el restablecimiento de la legalidad urbanística no supone la legalización *de facto o de iure* de las obras no susceptibles de demolición, ni convalida la legitimación del ejercicio de cualquier actividad⁸², ya que sólo comprende una situación de mera y estricta tolerancia a la edificación. Precisamente, el reconocimiento de la asimilación determina la aptitud física de la edificación pero no presupone el cumplimiento de los requisitos y condiciones exigidos para autorizar las actividades que se lleven a cabo en la misma.

c) Para concluir, y siquiera sea de soslayo, debe consignarse el necesario reflejo registral de la resolución de asimilación de fuera de ordenación. Conviene tener presente lo dispuesto por el art. 20.4 TRLS08⁸³ que, en relación a las construcciones 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 caducidad correspondientes -las denominadas obras nuevas antiguas-, establece el procedimiento para su inscripción en el

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 legítima 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

⁸⁰ Vid. arts. 42 y 43 LOUA.

⁸¹ 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.

⁸² Vid. art. 40.3 RDUU

⁸³ Vid. Resolución de 29 de octubre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 292, de 5 de diciembre de 2012).

Registro de la Propiedad, según la nueva redacción dada por el apartado doce de la disposición final duodécima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Interesa destacar que esta modificación introduce una diabólica novedad que tiene por destinatarios a los Ayuntamientos, consistente en que incurren en responsabilidad patrimonial si se producen perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente, en el supuesto de que omita la resolución cuando la obra nueva hubiere sido inscrita sin certificación expedida por el correspondiente Ayuntamiento. En este caso la Administración municipal está obligada 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.

Al hilo de lo anterior, el Decreto 2/2012 añade una nueva Disposición Transitoria al RDU, la Tercera, disponiendo que en el caso de que una edificación declarada en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, sin mención expresa de las condiciones derivadas de este régimen, la Administración competente deberá instar dicha constancia en la forma y a los efectos previstos en la legislación notarial y registral correspondiente.

A modo de recordatorio, finalizamos el epígrafe subrayando que en las edificaciones declaradas asimiladas a fuera de ordenación no se produce una legalización pues originariamente el uso y las edificaciones fueron ilegales o clandestinas, situación que no queda sanada por el transcurso del tiempo de suerte que lo que era ilegal no deviene legal. Este reconocimiento por el transcurso del plazo no supone que la construcción pase a ser legal, ni menos aún, que deba producirse su legalización formal, sino sólo que la Administración ya no puede adoptar esas concretas medidas de restablecimiento pleno de la legalidad. Únicamente emergen del limbo jurídico para reconocerlas y dotarles de un régimen particularizado ciertamente restrictivo. Por esta razón, la situación de estas edificaciones en terminología que emplease GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO es contradictoria persistencia tolerada, pero insusceptible de legalización mientras no sobrevenga un cambio de ordenación que lo haga factible pues se trata en realidad de una situación irregular tolerada surgida con posterioridad al establecimiento de la ordenación aplicable⁸⁴.

⁸⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 825 y 826.

VIII. BREVE APUNTE AL RÉGIMEN TRANSITORIO: ASENTAMIENTOS URBANÍSTICOS Y HÁBITAT RURAL DISEMINADO

El remedio a parte de la problemática territorial y urbanística generada por la proliferación de edificaciones en suelo rural no puede ser resuelta en toda su extensión de una manera inmediata, de ahí que la aplicación directa del Decreto queda demorada a la aprobación del Avance de planeamiento establecido por el artículo 4 del Decreto 2/2012, de 10 de enero, para la delimitación de los asentamientos, si en el Plan General no se contuviera tal identificación. Razón por la que revisten especial interés las Disposiciones Transitorias del Decreto 2/2012.

Una de las preocupaciones primordiales del Decreto 2/2012 ha sido el establecimiento de un régimen transitorio que permitiese un equilibrio entre la obtención de un diagnóstico real y justificativo de los asentamientos urbanísticos existentes en el municipio y la consecución de la aplicación de la nueva regulación sin demasiada tardanza.

El punto de partida es que estos problemas creados en los asentamientos sólo pueden ser resueltos por el Plan General en todos sus niveles: clasificación del suelo, determinación de las dotaciones y servicios, conexión de éstos con las infraestructuras exteriores, accesibilidad, eliminación de impactos ambientales negativos,... Así, la legalización debe producirse una vez que estos asentamientos hayan sido incorporados a la ordenación urbanística de instrumento de planeamiento general y se hayan cumplido los deberes exigidos legalmente. En este contexto, aunque la aplicación plena de este Decreto exige que el municipio cuente con PGOU, con la intención de hacer aplicable sus normas sobre edificaciones aisladas a los municipios sin planeamiento urbanístico ni Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano, la Disposición Transitoria Primera distingue entre los terrenos que deben considerarse como suelo urbano y los que se deben considerar como suelo no urbanizable, partiendo de las condiciones exigidas para el suelo urbano por el artículo 45 LOUA. Para ello, considera como suelo no urbanizable, desde una vertiente negativa, los terrenos que no cumplen los criterios establecidos en el dicho precepto, y tendrán la consideración de suelo no urbanizable de especial protección el que lo sea por legislación específica y por planificación territorial o urbanística de carácter supramunicipal, de conformidad con lo establecido por el artículo 46.2 del citado cuerpo legal.

El problema más importante abordado en el régimen transitorio, sin duda, es el de incidencia de las nuevas disposiciones reglamentarias sobre los asentamientos urbanísticos (Transitoria Segunda) y ámbitos de Hábitat Rural Diseminado (Transitoria Tercera), en las que se especifica que en tanto se produzca la apro-

bación del PGOU del respectivo municipio, no procede el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación a las edificaciones ubicadas en los asentamientos urbanísticos; así mismo, en los ámbitos de Hábitat Rural Diseminado, a las edificaciones les será de aplicación el régimen de las edificaciones aisladas.

Sin entrar en profundidad en el régimen jurídico de los asentamientos urbanísticos, conviene reseñar que la identificación de los asentamientos en el documento de Avance no constituye regularización alguna para los asentamientos delimitados y hasta que no se produzca su incorporación como suelo urbano o urbanizable, en caso de resultar compatibles con el modelo urbanístico y territorial, no se inicia la reconducción a la legalidad de dichos asentamientos. En efecto, para estos casos la Transitoria Segunda del Decreto 2/2012 señala que hasta tanto se proceda a la aprobación del PGOU que incorpore los asentamientos urbanísticos no procederá el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación a las edificaciones ubicadas en estos asentamientos. Sobre esta cuestión, sólo una vez que se haya aprobado definitivamente el Plan General y sin perjuicio de que se pueda acreditar por los Ayuntamientos que ha transcurrido el plazo para adoptar medidas para el restablecimiento del orden urbanístico infringido, en las edificaciones pertenecientes a los asentamientos urbanísticos que no se hayan incorporado a la ordenación establecida por el mismo, se permite el acceso al reconocimiento de su situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación si reúnen los requisitos que se exigen a las edificaciones aisladas para esta situación.

El proceso de legalización o reconocimiento de estas edificaciones integradas en asentamientos urbanísticos se especifica en el artículo 20 DSNU. En cuanto a las edificaciones que pueden acceder al régimen de asimilado al de fuera de ordenación la redacción del precepto distingue dos supuestos, de un lado, entre las incluidas en los asentamientos integrados en la ordenación del PGOU que, situándose en parcelas edificables, no se ajusten a la ordenación establecida, y de otro, entre aquellas contenidas en asentamientos, esta vez no incorporados a la ordenación urbanística establecida por el mismo, y en ambos casos siempre sobre las mismas ya no se pueden adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística por haber caducado la acción para reponer el orden jurídico vulnerado, y conforme a las condiciones establecidas por el Plan.

Y en el caso de las edificaciones en ámbitos de Hábitat Rural Diseminado⁸⁵,

⁸⁵ Regulados en el Capítulo IV del Decreto 2/2012.

la Transitoria Tercera dispone que hasta tanto se delimiten y regulen por el PGOU los ámbitos de Hábitat Rural Diseminado, a las edificaciones ubicadas en estos ámbitos identificados por el Avance le serán de aplicación el régimen de las edificaciones aisladas.

Finalmente, resta añadir que tema distinto es el tratado por la Disposición Transitoria Cuarta, que aclara que no será de obligado cumplimiento para los PGOU en tramitación que ya hayan sido objeto de aprobación inicial a la entrada en vigor del Decreto -1 de marzo de 2012-, la incorporación a la ordenación urbanística municipal de los asentamientos urbanísticos existentes en suelo no urbanizable, sin perjuicio de la posterior formulación de la revisión parcial que tenga por objeto tal incorporación.

IX. CONCLUSIONES

El problema jurídico de la existencia de miles de edificaciones ilegales en suelo no urbanizable es algo evidente, pero la solución a una regularización o reconocimiento no puede ser asumida sin críticas a la desidia y apatía en el ejercicio de las propias competencias que ha llevado a un desorden urbanístico generalizado que ha conducido a una especie de anarquía urbanística en todo el territorio andaluz.

La distancia entre lo plasmado y dibujado en el ordenamiento urbanístico positivizado y la realidad ha alcanzado unas dimensiones que causan vértigo. Ciertamente la proliferación de edificaciones en los predios rústicos se ha desarrollado en una tradicional anarquía, lo que está causando unos efectos irreversibles contrarios a una ordenación coherente, cohesionada y sostenible del territorio, y que va a condicionar sin duda la futura planificación.

Y esto es sencillamente lo que sucede en el suelo no urbanizable, cuya problemática, enquistada en el territorio andaluz desde hace tiempo, es inútil ignorar. No podemos continuar con una venda en los ojos. No sólo se trata de unos incumplimientos por parte de los propietarios, sino también de unas omisiones relevantes por parte de los poderes públicos.

Dicho esto, la dinámica urbanística debe ser encauzada con previsiones maximalistas y extremas desde la perspectiva medioambiental y la óptica de la ordenación territorial, sin claudicar ante las continuas exigencias de los que en muchos casos han sido los propios infractores o participantes directos o coadyuvantes en la generación del proceso, cuya voz se alza con mucha más fuerza frente a los que simplemente exigen el cumplimiento de las normas y cuyos aldabonazos en la puerta de la Administración son desoídos. Éstas no pueden bajo ningún concepto renunciar a domeñar de algún modo la realidad, porque ello significa

la derrota del medio ambiente y los recursos naturales, y el triunfo de los tahúres propiciadores de procesos de ocupación indiscriminada en el territorio.

Para corregir este caos generalizado, el Decreto andaluz 2/2012 regula el régimen urbanístico y el tratamiento de las edificaciones ubicadas en el suelo no urbanizable, y viene a reconocer su situación jurídica particularizada, mediante el establecimiento de una variedad de procedimientos encaminados a propiciar la regularización de las edificaciones aisladas y la integración a través de los PGOU de los asentamientos que sean conformes con el modelo territorial y urbanístico, tanto si se trata de asentamientos urbanísticos mediante su clasificación como suelo urbano o urbanizable, como de asentamientos constitutivos de Hábitat Rural Diseminado como mecanismo de reconducción a la legalidad.

Sin hacer mención a los responsables ni hacer preguntas incómodas sobre el origen y la causa misma de la patología, la norma reglamentaria asume abiertamente el fracaso que ha supuesto la dejadez administrativa en el ejercicio de las competencias en materia de disciplina urbanística. Hay un reconocimiento tácito a que la fuerza de lo fáctico ha acabado por imponerse, por el contrario, es imprescindible que los Ayuntamientos de una vez por todas asuman la responsabilidad de tutelar el orden urbanístico y ejerzan con plenitud sus atribuciones. Y reconocida la indisciplina urbanística como un hecho objetivo, la norma andaluza, con un fundamento último en la seguridad jurídica, no renuncia a reconducir el caos a un cierto orden territorial y urbanístico, que en muchos casos resulta ya irreversible. Sin embargo, no aporta una solución global a pesar de articular una regularización o reconocimiento administrativo a través de distintos cauces en función de las categorías clasificatorias que instaura.

Ahora bien, no es una amnistía ni una bendición *urbi et orbi*. La conversión de parte de los pecados pasa por el hecho de que los propietarios beneficiados asuman los deberes y las cargas que la ley y el plan determine. No existe acto de contrición que no conlleve sacrificio. Por este motivo, somos pesimistas ante la actual coyuntura económica y el propio rechazo de los propietarios a asumir cualquier tipo de coste ligado a la incorporación de actuaciones irregulares al proceso urbanístico, de ahí que auguremos un escaso éxito a pesar de las buenas intenciones que encierra el Decreto.

Pero es que además la aplicación directa del Decreto 2/2012 en ningún caso produce una legalización formal de las construcciones ejecutadas al margen de la legalidad vigente, ni condiciona el ejercicio de la potestad de disciplina urbanística que corresponda con respecto a las infracciones urbanísticas no caducadas. No puede constituir excusa alguna para no ejercer las competencias de disciplina urbanística que fuesen procedentes. Más allá de encauzar y orientar las situa-

ciones “alegales”, debe haber una voluntad real de aplicar el ordenamiento urbanístico en toda su extensión para la protección de los bienes jurídicos en liza.

Las cartas están echadas. Este es el tapete en el que se va a jugar la partida. Y el gran desafío del Derecho Urbanístico, asumir con valentía el cumplimiento efectivo de la norma. Aquí, como en tantas otras cosas de la vida, no vale ir de farol.

BIBLIOGRAFÍA:

ANTÚNEZ TORRES, D., “Artículo 34”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 398

BAÑO LEÓN, J.M., *Derecho Urbanístico Común*, Iustel, Madrid, 2009.

BARRERO RODRÍGUEZ, C., “El respeto a los derechos adquiridos”, *Documentación Administrativa*, núm. 263-264, Madrid, mayo-diciembre 2002.

BERMEJO VERA, J., “El principio de seguridad jurídica”, en *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Director: J.A. SANTAMARÍA PASTOR, La Ley, Madrid, 2010.

BERMÚDEZ PALOMAR, V., “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, Sevilla, mayo-agosto (2012).

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.

CARBALLEIRA RIVERA, M.T. “Edificios fuera de ordenación y obras permitidas”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, año n.º. 38, núm. 214, 2004.

CORRAL GARCÍA, E., “Responsabilidad patrimonial por actos urbanísticos. Supuestos indemnizatorios”, en *Derecho Urbanístico de Andalucía*, La Ley- El Consultor, Madrid, 2006.

CORTÉS MORENO, A., “El régimen jurídico de la situación legal de fuera de ordenación. LA declaración de situación de asimilado a la de fuera de ordenación en el derecho urbanístico andaluz”, *Revista Práctica Urbanística*, núm. 109, noviembre 2011.

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.

GAMERO RUIZ, E., “Artículo 49”, en *Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma Andaluza. Comentarios al Decreto 60/2010 de 16 de marzo*, IAAP, Sevilla, 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, Madrid, 1981.

GIL RODRÍGUEZ, J., *Manual de Derecho Civil I: Introducción y derecho de la persona*, AA.VV., Marcial Pons, Barcelona, 2001.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Urbanismo y Ordenación del Territorio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

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*, Madrid, marzo 2012.

LACRUZ BERDEJO, J.L., en *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2012.

LAGO NÚÑEZ, G., “Requisitos administrativos para el acceso al Registro de la Propiedad de las edificaciones antiguas que carecen de licencia de ocupación en Andalucía”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* núm. 13, julio 2013.

LÓPEZ BENÍTEZ, M. “La planificación territorial y el planeamiento urbanístico”, en *Derecho Urbanístico y Ordenación del Territorio*, Iustel, Madrid, 2007.

LÓPEZ MENUDO, F., *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1982.

LÓPEZ MENUDO, F., “El principio de irretroactividad. Tres cuestiones claves”, *Documentación Administrativa*, núm. 263-264, Madrid, mayo-diciembre 2002.

MARTÍN HERRERA, E. “Situaciones básicas de utilización del suelo. Derechos y deberes”, en *Notas y Comentarios sobre la nueva Ley de Suelo estatal*, Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Granada, Granada, 2007.

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.

MUÑOZ MACHADO, S., y LÓPEZ BENÍTEZ, M., *El Planeamiento Urbanístico*, Iustel, Madrid, 2009.

MUÑOZ MACHADO, S., “Retroactividad”, en *Diccionario de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2005.

OLMEDO PÉREZ, S., “Disposición Adicional Primera”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2007.

PAREJO ALFONSO, L., *La Disciplina Urbanística*, Iustel, Madrid, 2012.

REBOLLO PUIG, M. “La Disciplina Urbanística”, en *Derecho Urbanístico y Ordenación del Territorio*, Iustel, Madrid, 2007.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “Fuera de Ordenación”, en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2009.