

LA CONCESIÓN DE LICENCIAS DE OCUPACIÓN O UTILIZACIÓN PARA LAS EDIFICACIONES EN RÉGIMEN ASIMILADO AL DE FUERA DE ORDENACIÓN EN ANDALUCÍA

Juan Francisco SÁNCHEZ GONZÁLEZ

*Secretario-Interventor de Administración Local
Servicio Provincial de Asistencia a Municipios
Diputación Provincial de Málaga*

*Trabajo de evaluación presentado al Curso sobre “Reglamento de disciplina urbanística de Andalucía y Administración Local”.
Granada, CEMCI, mayo a junio de 2012.*

SUMARIO:

1. Las situaciones de fuera de ordenación y las asimiladas en la legislación urbanística de Andalucía.
2. La licencia de ocupación o utilización de edificios en la legislación urbanística andaluza.
3. El otorgamiento de licencias de ocupación o utilización para edificaciones en situación asimilada a la de fuera de ordenación.
4. Conclusiones.
5. Bibliografía.

1. LAS SITUACIONES DE FUERA DE ORDENACIÓN Y LAS ASIMILADAS EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA DE ANDALUCÍA.

Una de las características del planeamiento urbanístico es, que pese a tratarse de una normativa que nace con vocación de perdurar en el tiempo, el planificador puede atendido al *ius variandi* que le asiste, cambiar las líneas generales del mismo, de acuerdo con el interés general y con la finalidad de adaptar los planes urbanísticos a la cambiante realidad que regulan.

La conciliación del interés general de las previsiones del Plan Urbanístico, con los derechos adquiridos lícitamente por los propietarios la resuelve el legislador, permitiendo que las edificaciones disconformes puedan continuar existiendo y prestando el servicio para el que fueron erigidas, hasta su desaparición por el agotamiento de la vida de sus elementos o por cumplirse las previsiones del Plan.

Siguiendo a CARBALLEIRA RIVERA¹ puede definirse la situación de fuera de ordenación como aquella en que quedan las *«edificaciones legales que erigidas al amparo de una ordenación urbanística anterior, 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 elementos»*.

El principio más importante que informa su régimen jurídico, es la ausencia de indemnización por la declaración en situación de fuera de ordenación, salvo en cuanto pueda implicar una limitación del uso y disfrute lícitamente adquirido, durante la vida útil de la construcción o edificación calificada en tal situación.

La Ley de 12 de mayo de 1956 sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana en lo sucesivo LS-56, que supuso el nacimiento del derecho urbanístico en nuestro país, es el primer texto legislativo en que se regula el régimen aplicable a los edificios y edificaciones en situación de «fuera de ordenación».

El artículo 48.1 de la LS-56 venía a disponer que *«Los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación del Plan general o parcial, que resultaren disconformes con el mismo, serán calificados como fuera de ordenación»*.

El artículo 48.2 establecía que dichos edificios *«no podrán realizarse en ellos obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, pero sí las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble»*, régimen restrictivo de los derechos dominicales que se modulaba, permitiendo que pudieran, en casos excepcionales, *«autorizarse obras parciales y circunstanciales de consolidación cuando no estuviere prevista la expropiación o demolición de la finca en el plazo de quince años, a contar de la fecha en que se pretendiese realizarlas»* (artículo 48.3 LS-56).

Este régimen afectaba a las edificaciones pero también a los usos, al disponer el artículo 49 que *«Cuando, aprobado un Plan, resultaren industrias emplazadas en zona no adecuada, las edificaciones y sus instalaciones quedarán sujetas a las limitaciones del artículo anterior con las tolerancias que, de modo general, se prevean en las norma urbanísticas o en las Ordenanzas de edificación»*.

¹ CARBALLEIRA RIVERA, María Teresa (2004): «Edificios fuera de ordenación y obras permitidas». *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Número 214. Diciembre de 2004, página 12.

La aprobación de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, Ley que a su vez dio lugar al Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril en adelante TRLS-76, no significó ningún cambio sustancial, pues los tres apartados del nuevo artículo 60, coincidían literalmente con los del derogado artículo 48 de la LS-56, y los nuevos artículos 61 y 62.1 eran una fiel reproducción de los artículos 49 y 50.1 de la norma derogada.

La situación típica de fuera de ordenación que se estableció tanto en la LS-56 como en el TRLS-76, implicaba la imposibilidad de realizar en los edificios e instalaciones disconformes con el nuevo planeamiento, y en tal medida calificadas como fuera de ordenación, obras de distinta naturaleza a las estrictamente permitidas por la propia ley, y ello con independencia del grado de disconformidad de la edificación o construcción con el nuevo plan.

El mismo tratamiento legal merecía el edificio que en su totalidad se encontrase en una zona verde, que aquel edificio que invadiera tan sólo unos centímetros la línea de alineación prevista en el nuevo planeamiento, el Tribunal Supremo, en algunas ocasiones vino a corregir esta excesiva rigidez normativa mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, pero en otras consideró, que el régimen legal de fuera de ordenación era de derecho necesario sin que pudiera ser suavizado su régimen si la ley no lo preveía expresamente.

Para dar solución a éste problema, aprovechando la habilitación concedida al Gobierno por la disposición final segunda de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, para que aprobara un Texto Refundido de las disposiciones estatales vigentes sobre suelo y ordenación urbana, el Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, para lo sucesivo TRLS-92, introduce al principio del 2º párrafo del artículo 137 (que es prácticamente una reproducción de los artículos 60 y 61 del TRLS-76) un añadido que suponía la “deslegalización” del régimen de fuera de ordenación, permitiendo que el planeamiento municipal pudiera determinar el régimen concreto aplicable.

El nuevo marco legislativo que en materia urbanística estableció el TRLS-92, se mantuvo inalterado hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 de 20 de marzo, que provocó en las distintas Comunidades Autónomas la novación de la vigencia, como derecho supletorio o como único derecho aplicable, del TRLS-76 y de toda aquella normativa urbanística anterior a la constitución de las Comunidades

Autónomas situación frente a la que en Andalucía se reacciona con la promulgación de la Ley 1/1997 de 18 de junio que se mantiene vigente hasta la entrada en vigor el 20 de enero de 2003, de la Legislación autonómica propia, constituida por la Ley 7/2002 de 17 de noviembre de Ordenación urbanística de Andalucía en adelante LOUA.

Aunque los supuestos de alteraciones de la normativa de la planificación territorial y/o urbanística, son los casos prototípicos para la calificación de las construcciones, edificaciones o instalaciones en situación de fuera de ordenación, la Jurisprudencia, en la función que le atribuye el artículo 1.6 del Código Civil para completar el ordenamiento jurídico, con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo, ha extendido la aplicación del régimen de fuera de ordenación a los casos de los edificios o instalaciones erigidos ilegalmente, contrarios a la ordenación territorial y/o urbanística que, por prescripción de las infracciones y caducidad del ejercicio de las potestades de restablecimiento de la legalidad, no pueden ser ya demolidos.

En una doctrina muy reiterada, había venido a afirmar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 5 de diciembre de 1987, RJ 1987\9365) que la obligatoriedad de los planes, no implica que de forma inmediata hayan de ser demolidos todos los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad al Plan y que resulten disconformes con él, permitiéndose mediante la calificación de fuera de ordenación, la subsistencia de los mismos durante el plazo normal de vida de la construcción y prohibiendo, las obras de consolidación que alargarían artificialmente, más allá de lo previsible, la vida natural de la edificación, y señalando que en una situación análoga, habían de quedar aquellas construcciones que naciendo ya en la ilegalidad, no podían ser destruidas, por haber transcurrido el plazo, durante el cual la Administración puede ordenar la demolición.

El significado, alcance y extensión, de la declaración en situación de fuera de ordenación, lo aclara el Tribunal en Sentencia de 6 de febrero de 1991, RJ 1991\774, afirmando que una vez que transcurre el plazo para la demolición de las obras, éstas quedan en una situación análoga a la de fuera de ordenación, que implica sólo la prohibición de realizar las obras que puedan alargar artificialmente la vida de la edificación, que subsistirán durante el plazo normal de su vida natural, durante el cual su utilización es perfectamente viable, de suerte que resulta lícita la autorización de su uso, autorización reglada y que ha de otorgarse con independencia de la calificación de fuera de ordenación que corresponda al edificio o parte correspondiente del mismo.

Se aplica a éstas situaciones el régimen de fuera de ordenación, porque (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1989, RJ 1989\1961) es el más análogo que cabe, y porque no puede aceptarse que por la inactividad de la Administración en el ejercicio de sus potestades, el edificio o instalación se legalice con el transcurso del tiempo, pues quedarían en mejor situación los erigidos ilegalmente que los erigidos legalmente, que devienen después fuera de ordenación por un cambio del planeamiento.

En referencia al tema de los usos permitidos o no y a la posibilidad de otorgar otros nuevos, la doctrina al igual que la Jurisprudencia se ha mostrado dividida, como ponen de relieve QUIRÓS ROLDÁN, Antonio; ARENAS SALVATIERRA, Sigfredo y ESTELLA LÓPEZ José Miguel,² las tesis de LASO MARTÍNEZ y POU VIVER resumen dos líneas doctrinales contrapuestas.

Para LASO MARTÍNEZ el artículo 60 TRLS-76 (como antes hiciera el artículo 58 LS-56 y más adelante regulase el artículo 137 TRLS-92) se refiere exclusivamente a obras y no a los usos de las edificaciones existentes, aunque esos usos contradigan el plan aunque no resulta aceptable la implantación de nuevos usos que no existían con carácter al previo al Plan sobrevenido y que son contrarios a los permitidos por éste.

POU VIVER, por su parte, opina que el artículo 60 TRLS-76 (nuevamente se recuerda que de forma idéntica a lo que ya regulaba el artículo 58 LS-56 y más adelante regularía el artículo 137 TRLS-92) sólo prohíbe la realización de obras y que no impide que tales edificios se utilicen para cualquier fin lícito, afirmando que la Administración viene obligada a otorgar la licencia de apertura de establecimiento, siempre que tal apertura no conlleve ejecutar obras de las prohibidas por la Ley.

Como se desprende de ésta afirmación, en los edificios fuera de ordenación, se han de otorgar licencias de apertura para nuevos usos distintos a los existentes aún cuando estos sean contrarios a lo que establece el planeamiento nuevo que ha dado lugar a la consideración del edificio como fuera de ordenación, siempre y cuando las obras a realizar para adecuar el inmueble al citado uso no excedan de las permitidas en este régimen.

En cuanto a la Jurisprudencia, por un lado, la STS de 7 de marzo de 1989 (RJ 1989\1775), consideraba que había que separar el uso de la construcción, de modo que si para ejercer el nuevo uso son necesarias obras que estén dentro de las permitidas en el

² QUIRÓS ROLDÁN, Antonio; ARENAS SALVATIERRA, Sigfredo y ESTELLA LÓPEZ José Miguel en *El Régimen de Fuera de Ordenación Urbanística*. Atelier. Barcelona. 2002, página 127 y siguientes.

régimen de fuera de ordenación, habrá que otorgar el nuevo uso. La posibilidad de ejecutar las obras legitimará el nuevo uso, de la misma forma que su imposibilidad lo deslegitimará.

Otra línea jurisprudencial sin embargo, consideró que si el uso que se pretende instaurar es incompatible con las previsiones establecidas en el nuevo planeamiento, no se podrá autorizar (STS de 17 de junio de 1989, RJ 1989\4730).

En la actualidad y en Andalucía, la regulación de la situación de fuera de ordenación se contiene en el artículo 34 de la LOUA, que se encabeza con el título de «*Efectos de la aprobación de los instrumentos de planeamiento o, en su caso, de la resolución que ponga fin al correspondiente procedimiento*», aunque pese a su carácter suplementario de las previsiones contenidas en el dicho artículo, la regulación más detallada se contiene sin embargo en la Disposición Adicional 1ª de la LOUA.

En efecto, es en la Disposición Adicional 1ª apartado 1 de la LOUA en la se define la situación de fuera de ordenación al señalar que «*Las construcciones o edificaciones e instalaciones, así como los usos y actividades existentes al tiempo de la aprobación de los instrumentos de planeamiento que resultaren disconformes con los mismos, quedarán en la situación legal de fuera de ordenación*» remitiendo el mencionado apartado al «*instrumento de planeamiento*» para la definición del contenido de ésta situación, particularmente en cuanto se refiere a «*los actos constructivos y los usos de que puedan ser susceptibles las correspondientes construcciones o edificaciones e instalaciones*».

En cuanto a las instalaciones, construcciones y edificaciones realizadas al margen de la legalidad urbanística y para las que no resulte posible adoptar las medidas de protección de la legalidad urbanística y de restablecimiento del orden jurídico infringido por haber transcurrido los plazos habilitados para el ejercicio de las potestades el artículo 34.1.b), tercer párrafo de la LOUA remite al desarrollo reglamentario para la regulación de un régimen asimilable al de fuera de ordenación.

Dicho desarrollo reglamentario está constituido, en primer término por el Decreto 60/2010 de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en lo sucesivo RDU, cuyo artículo 53.1 contempla lo supuestos de asimilación al régimen de fuera de ordenación disponiendo al efecto que «*actos de uso del suelo, y en particular las obras, instalaciones, construcciones y edificaciones realizadas con infracción de la normativa urbanística, respecto de los cuales ya no se puedan adoptar medidas de protección y*

restauración de la legalidad por haber transcurrido el plazo citado en el artículo 185.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, quedarán asimilados al régimen de fuera de ordenación», regulación en sede reglamentaria que se completa con la del reciente 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, Decreto 2/2012 en cuanto en adelante resulte necesaria nuevamente su cita.

Como podemos comprobar, el régimen de fuera de ordenación y la de los supuestos de asimilación, en el ámbito de Andalucía se refiere hoy no sólo a las obras, instalaciones, construcciones o edificaciones sino también de forma expresa a los actos de uso del suelo y actividades.

Toda la regulación comentada se completa con lo dispuesto en el artículo 35.a (2ª párrafo) del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio, en adelante TRLS-08, en cuanto afirma, que las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística, no serán indemnizables, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incurra en dicha situación durante su vida útil.

Destaca en primer lugar de la nueva regulación autonómica que al contrario de ocurría con la legislación urbanística precedente (LS-56, TRLS-76, TRLS-92), la situación legal de fuera de ordenación ya no se ciñe sólo a los edificios e instalaciones sino que puede alcanzar a cualquier tipo de construcción así como a los usos y a las actividades que vinieran desarrollándose.

En segundo lugar, la regulación de la situación legal de fuera de ordenación en nuestra Comunidad Autónoma ya no hace depender la declaración de la disconformidad con el «Plan General o parcial» tal como establecía el artículo 48.1 de la LS-56 y el artículo 60.1 del TRLS-76, o con el más amplio concepto de «planeamiento urbanístico» que contemplaba el artículo 137 del TRLS-92, sino que ahora esa disconformidad puede surgir del contraste con cualquiera de los «instrumentos de planeamiento»,

No creemos, como en ocasiones sin mayor argumentación se sostiene,³ que la DA 1ª en conexión con lo dispuesto en el artículo 34 de la LOUA, remita al

³ Por todos OLMEDO PÉREZ, Sebastián (2007): «Comentario a la DA 1ª de la LOUA» en GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio y CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, Ángel (Directores), *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (Ley 7/2002 de 17 de diciembre)*. 2ª Edición. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona 2007, página 1550 tercer párrafo y siguientes.

Planeamiento general para la calificación de las situaciones de fuera de ordenación; *tanto la DA 1ª citada como el artículo 34 de la LOUA aluden a los instrumentos de planeamiento sin que en ningún momento se adjetive dicho instrumento como «general».*⁴

También resulta necesario recordar que con la rúbrica de «instrumentos de planeamiento» el artículo 7 de la LOUA contempla tanto los instrumentos de Planeamiento General entre los que se incluyen los Planes Generales de Ordenación Urbanística, los Planes de Ordenación Intermunicipal y los Planes de Sectorización, como los instrumentos de Planeamiento de desarrollo, entre los que se contemplan los Planes Parciales de Ordenación, los Planes Especiales y los Estudios de Detalle y más allá hasta los Catálogos; en conclusión; por otro lado, dado que la expresión «instrumento de planeamiento» no se adjetiva en forma alguna ni en el artículo 34.1.b de la LOUA ni en la Disposición Adicional 1ª cabe la posibilidad de que la situación legal de fuera de ordenación pueda derivar del «instrumento de planeamiento territorial».

Por aplicación del artículo 34.1.b) de la LOUA, el instrumento de planeamiento deberá distinguir dos posibles regímenes: el derivado de la incompatibilidad total de las construcciones, edificaciones, instalaciones, usos y actividades existentes con las nuevas previsiones del instrumento de planeamiento y el derivado de su posible incompatibilidad parcial.

Ni la Disposición Adicional 1ª ni el artículo 34.1.b) concretan cual pueda ser el régimen de incompatibilidad total limitándose a señalar que *«será de aplicación el régimen propio de dicha situación legal»*, respecto de la incompatibilidad parcial, además de aplicarse a éste régimen el propio de la situación legal de fuera de

⁴ Insistimos en ello pues la redacción literal de la DA 1ª señala que *«Las construcciones o edificaciones e instalaciones, así como los usos y actividades existentes al tiempo de la aprobación de los instrumentos de planeamiento que resultaren disconformes con los mismos, quedarán en la situación legal de fuera de ordenación (...)»* de igual forma el apartado 2 de la misma Disposición comienza expresando *«El instrumento de planeamiento definirá, teniendo en cuenta la modulación expresada en el artículo 34.b) (...)»* artículo 34 intitulado *«Efectos de la aprobación de los instrumentos de planeamiento o, en su caso, de la resolución que ponga fin al correspondiente procedimiento»* y que en su apartado b) *«en ningún caso adjetiva al instrumento de planeamiento como general»*. Esto no es así sin embargo en la redacción que ha incorporado el RDU, cuyo artículo 53 tras definir en sus apartados 1 y 2 las situaciones que dan lugar a que determinadas obras, instalaciones, construcciones y edificaciones se declaren en situación de asimilada a la de fuera de ordenación, añade en su apartado 3 que *«Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo que se acordare en el correspondiente instrumento de planeamiento general respecto del desarrollo, ordenación y destino de las obras, instalaciones, construcciones o edificaciones afectadas por la declaración de asimilación a la situación de fuera de ordenación»*.

ordenación, podrán autorizarse las obras de mejora o reforma que se determinen por el instrumento de planeamiento, distinción que nos lleva a concluir que en el régimen de incompatibilidad total no se contempla la posibilidad de autorizar obras de mejora o reforma.

A todo lo expuesto ha de añadirse la necesidad de tener presente que, conforme prescribe el artículo 34.1.b) in fine, las instalaciones, construcciones y edificaciones que ocupen suelo dotacional público, o impidan la efectividad del destino de éstos suelos dotacionales, son siempre incompatibles con la nueva ordenación, debiendo ser identificadas en el instrumento de planeamiento. Por último, el mandato que contiene la Disposición Adicional 1ª apartado 2 de la LOUA dirigido al «instrumento de planeamiento» para que determine de forma particular, el contenido de la declaración de fuera de ordenación en las actuaciones de urbanización y edificación, ejecutadas de forma clandestina o ilegal en terrenos clasificados como SNU, en las que hayan transcurrido, en el momento de la entrada en vigor de la mencionada ley, los plazos para la aplicación de medidas de protección de legalidad, obliga a tener presente:

- 1º La incidencia que puede tener la legislación que resulte aplicable en el momento de la conclusión de la edificación ilegalmente erigida, y,
- 2º Que como han declarado los Tribunales (STSJ de Andalucía de 4 de junio de 2001, RJCA 2001\833), a efectos de clasificación del terreno ha de considerarse aplicable la existente en el momento de la conclusión de la actuación; por lo que en caso de tratarse de actuaciones realizadas en contra de la legislación urbanística vigente en el momento de conclusión de la ejecución, la caducidad para que la administración pueda ejercitar válidamente sus potestades, tendrá el plazo que se desprenda de la clasificación que tengan los terrenos en el momento de concluir la actuación, siendo el «dies ad quo» o día de inicio del cómputo del plazo de caducidad el día en que se verifique la total ejecución de la actuación.

En cuanto al desarrollo reglamentario, constituido por el RDUa cuyo artículo 53 bajo el título de «*Declaración en situación de asimilación a la de fuera de ordenación*», contempla en sus apartados 1 y 2 las actuaciones que se asimilan al régimen de fuera de ordenación establecido en la Disposición Adicional 1ª de la LOUA, y que concreta en dos tipos de actuaciones diferenciadas:

- A) Los actos de uso del suelo y en particular las obras, instalaciones, construcciones y edificaciones, realizadas contraviniendo la ordenación

urbanística vigente, respecto de las que haya caducado la acción para la adopción de las medidas de protección y restauración de la legalidad; y,

- B) Las obras, instalaciones, construcciones y edificaciones, cuando contravengan la legalidad urbanística pero resulte imposible, legal o materialmente, ejecutar la resolución de reposición de la realidad física alterada conforme establece el propio RDUA.

La remisión a las previsiones temporales del artículo 185.1 de la LOUA, restringe la extensión del régimen de fuera de ordenación (por asimilación) a las construcciones, instalaciones y edificaciones, contra las que no pueden adoptarse válidamente las medidas de restablecimiento del orden jurídico perturbado y de protección de la legalidad urbanística, por haber transcurrido más de 6 años (ampliación del plazo, anteriormente establecido en 4 años, que ha sido introducido en el artículo 185.1 por la Ley 2/2012, de 30 de enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía en vigor desde el día 28 de febrero de 2012) desde su completa terminación, limitación temporal, para que la Administración pueda reaccionar accionando las potestades de protección, que no rige para las parcelaciones urbanísticas en terrenos que tengan la consideración de SNU, así como a los actos o usos que afecten a terrenos clasificados como SNU de especial protección.

Por lo demás y aunque resulte obvio recordarlo, *la asimilación al régimen de fuera de ordenación no es una calificación que sea privativa de una clase o categoría específica de suelo procede dicha declaración para todas aquellas obras, instalaciones, construcciones y edificaciones realizadas con infracción de la normativa urbanística y contra las que no caben medidas de reacción por haber caducado el ejercicio de las potestades de restablecimiento de la legalidad urbanística, y ello con independencia de la clase o categoría que pueda tener el suelo en que se emplaza la obra, instalación, construcción o edificación.*

Con la regulación de las situaciones asimiladas a la de fuera de ordenación, el artículo 53.1 del RDUA recoge la Jurisprudencia del TS, cuando afirma (STS de 15 de febrero de 1999, RJ 1999\679 y de 29 de junio 2001, RJ 2001\6185) que el transcurso del plazo para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad, impide a la Administración la adopción de las medidas de restablecimiento de la legalidad infringida, lo que encuentra apoyo en la necesaria seguridad jurídica, pero que en absoluto otorga al propietario de las edificaciones así construidas, otras facultades que las inherentes al mantenimiento de la situación creada.

En la nueva redacción que del artículo 53 del RDUHA ha venido a establecer el Decreto 2/2012, los apartados 4 y 5 contemplan dos previsiones adicionales.

En virtud de la primera (apartado 4 tercer párrafo) se dispone que *«Una vez otorgado el reconocimiento, podrán autorizarse las obras de reparación y conservación que exija el estricto mantenimiento de las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad del inmueble»* régimen de las obras autorizables que resulta más restrictivo que el contemplado en el segundo inciso del apartado 4 en su redacción original, cuando declaraba que *«Excepcionalmente podrán autorizarse obras parciales y circunstanciales de consolidación, cuando no estuviera prevista la expropiación o demolición, según proceda, en un plazo de cinco años, a partir de la fecha en que se pretenda realizarlas»*.

Por la segunda (apartado 4 primer párrafo del artículo 53 del RDUHA) se establece que *«El reconocimiento particularizado de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación respecto de instalaciones, construcciones o edificaciones terminadas se acordará por el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, previo informe jurídico y técnico de los servicios administrativos correspondientes»* añadiendo el segundo párrafo que *«La resolución que ponga fin a este procedimiento deberá identificar suficientemente la instalación, construcción o edificación afectada, indicando el número de finca registral si estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad, y su localización geográfica mediante referencia catastral o, en su defecto, mediante cartografía oficial georreferenciada; igualmente habrá de acreditar la fecha de terminación de la instalación, construcción o edificación, así como su aptitud para el uso al que se destina»*.

Mandato que se completa con lo establecido en el apartado 5 del mismo artículo 53 del RDUHA y a cuyo tenor *«Conforme a la legislación notarial y registral en la materia, la resolución de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación será necesaria, en todo caso, para la inscripción de la edificación en el Registro de la Propiedad, en la que se deberá indicar expresamente el régimen jurídico aplicable a este tipo de edificaciones, reflejando las condiciones a las que se sujetan la misma»*.

2. LA LICENCIA DE OCUPACIÓN O UTILIZACIÓN DE EDIFICIOS EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA ANDALUZA.

Tradicionalmente las licencias urbanísticas se han considerado como uno de los típicos ejemplos de acto administrativo de comprobación previa de que la actividad

urbanística que se pretende es susceptible de ser autorizada, en la medida que el solicitante ha cumplido previamente los deberes urbanísticos correspondientes a tal actividad y lo pretendido se adecua al ordenamiento urbanístico.

En éste sentido ha sido considerada la licencia urbanística como una técnica de policía administrativa, que somete a fiscalización previa la pretensión de una persona física o jurídica de desarrollar actividades sobre el suelo, el vuelo o el subsuelo cuando los mismos se sujeten a la ordenación urbanística por cualquiera de los sujetos competentes para ordenar el uso de éstos.

Esta línea conceptual había sido reiteradamente mantenida por la jurisprudencia, al señalar que la licencia es un acto administrativo que no confiere derechos, sino que se limita a otorgar autorización para realizar un acto permitido, su objeto es controlar si se cumplen las condiciones requeridas por normativa urbanísticas preexistentes con claridad lo expone el Tribunal Supremo en Sentencia de 7 octubre de 1988 (RJ 1988\7444) afirmando que *«la licencia es un acto administrativo que no confiere derechos, sino que se limita a otorgar autorización para realizar un acto permitido, con vistas a controlar si se cumplen o no las condiciones requeridas por normas urbanísticas preexistentes, disposiciones a las que los Ayuntamientos habrán de ajustarse en el doble sentido de tener que denegar las licencias de obras que se opongan a tales disposiciones y tener que conceder las que a las mismas se acomoden, no tratándose pues de un poder discrecional de la autoridad municipal sino reglado (...) la Administración no es libre para decidir si otorga o no una licencia, sino que ha de atenerse a la normativa urbanística propia de su competencia, y sin que sea lícito modificar el contenido de las licencias en previsión de futuras disposiciones legales o reglamentarias, debiendo otorgarse o denegarse las licencias -SS. de 21-11-74 (RJ 1974\4995), 30-1-79 (RJ 1979\235) y 6-2-84 (RJ 1984\1030), entre muchas otras- en función de la legalidad urbanística imperante a la data de su solicitud»* (FJ 3°).

Es además un acto de autoridad de la Administración llamada a resolver por el que remueve los obstáculos que impiden el ejercicio de un derecho preexistente, como recuerda el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 julio 1989 (RJ 1989\5592) afirmando que *«La concesión de licencia urbanística constituye un acto de autoridad, por el cual se remueven los obstáculos que impidan el libre ejercicio de un derecho siempre que este ejercicio no ponga en peligro el interés protegido por el ordenamiento, que en materia de urbanismo viene determinado por los Planes Generales, Parcial, Normas*

subsidiarias, Ordenanzas y en último caso por la Ley del Suelo, siendo una actividad absolutamente reglada» (FJ 5º).

La Licencia es un acto de autoridad, que no otorga derechos sino que reconoce derechos preexistentes, y además es un acto absolutamente reglado, lo que implica que ante la acomodación de lo solicitado a la legislación de aplicación ha de concederse y denegarse en sentido contrario.

Así lo ha declarado el Tribunal Supremo por ejemplo en Sentencia de 8 julio de 1989 RJ 1989\5591 señalando que *«La concesión de licencia urbanística constituye un acto de autoridad, por el cual se remueven los obstáculos que impidan el libre ejercicio de un derecho siempre que este ejercicio no ponga en peligro el interés protegido por el ordenamiento, que en materia de urbanismo viene determinado por los Planes Generales, Parcial, Normas subsidiarias, Ordenanzas y en último caso por la Ley del Suelo, siendo una actividad absolutamente reglada, de forma que como ya dijo la Sentencia del T. Supremo de fecha 31 de octubre de 1978 (RJ 1978\3498), debe entenderse reglada “en el doble sentido de tener que denegar las licencias de obras que se opongan a tales disposiciones, y tener que conceder los que a las mismas se acomoden”»* (FJ 5º de la Sentencia apelada).

Así ha venido a ser destacado también por la doctrina y en tal sentido VALERA ESCOBAR,⁵ recogiendo el pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1990, pone de relieve que *«las licencias de primera utilización de los edificios -al igual que las de apertura e instalación- han de otorgarse o denegarse con carácter tan reglado que la autorización correspondiente está obligada a resolverlas dentro de los límites previstos en la normativa urbanística aplicable y no pueden plantearse temas que desborden su propio ámbito, siendo el marco de las licencias de instalación las disposiciones relativas a si el uso pretendido es admisible en el lugar según el Plan u Ordenanza, si el proyecto cumple las condiciones técnicas de seguridad»...y el deber de urbanización simultáneo al de edificación».*

La LOUA no contiene un concepto de Licencia urbanística limitándose a señalar en el artículo 169.1 que, sin perjuicio de las demás autorizaciones o informes que sean procedentes con arreglo a la Ley o a la legislación sectorial aplicable, estarán sujetos a *«previa licencia municipal»* los actos de construcción o edificación e instalación y de

⁵ VALERA ESCOBAR, Ginés (2008): *Régimen Jurídico General de la Licencia Municipal de Obras y Apertura de establecimiento en Andalucía*. Editado por: Dirección General de Administración Local de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía. Sevilla 2008, página 140.

uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, que a título de ejemplo, y sin que constituya un *«numerus clausus»*, cita a continuación.

Es en el RDU, concretamente en su artículo 5 donde encontramos un concepto o definición de la Licencia Urbanística al establecer el apartado 1 de forma escueta que *«La licencia es un acto reglado de competencia exclusiva de la Administración municipal»*.

El objeto de la Licencia Urbanística, según el artículo 6 del RDU lo constituye *«la comprobación por la Administración municipal de que las actuaciones de los administrados sujetas a ella se adecuan a la ordenación territorial y urbanística vigente»* añadiendo que la intervención municipal irá dirigida a comprobar, entre otros, los aspectos relativos al cumplimiento de los presupuestos legalmente exigibles para la ejecución de los actos sujetos a licencia y la adecuación de los actos sujetos a licencia a las determinaciones urbanísticas establecidas en los instrumentos de planeamiento vigentes y a las Normas urbanísticas en ellos contenidas, así como a la planificación territorial vigente.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha concretado que *el régimen urbanístico aplicable al otorgamiento de licencias será el vigente al momento de su otorgamiento*,⁶ no obstante ésta afirmación ha de ser matizada pues situados *ante cambios en la legislación de aplicación, la que habrá que considerar para otorgar o, en su caso denegar, la Licencia solicitada será la vigente en el momento de la resolución, siempre que la misma se produzca dentro de los plazos que habilitan a la Administración para dictar y notificar la misma*, en nuestra CCAA en concreto y a tenor de lo dispuesto en el artículo 172 Regla 5ª de la LOUA la resolución expresa deberá dictarse y notificarse en el plazo máximo de tres meses.

Desde antiguo el TS ha contemplado los eventuales cambios en la normativa aplicable que pudieran surgir en el plazo que media entre la solicitud y la resolución del procedimiento de concesión.

⁶ El artículo 5.1 del RDU establece a estos efectos, que no podrán concederse licencias con base a las determinaciones de planeamientos futuros ni siquiera condicionadas a la aprobación de los mismos y el artículo 6.1 b) dispone que la intervención municipal irá dirigida a comprobar, entre otros aspectos que menciona el de la adecuación de los actos sujetos a licencia a las determinaciones urbanísticas establecidas en los instrumentos de planeamiento vigentes y a las Normas urbanísticas en ellos contenidas, así como a la planificación territorial vigente.

De esta forma ha venido a afirmar en STS de 22 enero 1985 RJ 1985\836 que *«Con fundamento en el carácter reglado de las licencias y con el designio de no hacer soportar al peticionario de las mismas las consecuencias de demoras y dilaciones injustificadas en el expediente, imputables a la Administración, la Jurisprudencia de esta Sala viene declarando con reiteración (...) que dichas licencias deben concederse o denegarse de acuerdo con la normativa vigente en el momento de solicitarse, siempre y cuando entre la fecha de solicitud de la licencia y el tiempo hábil de su resolución en la tramitación normal del expediente, no se haya producido un cambio de Ordenamiento urbanístico, en cuyo supuesto habrá de atenderse a las normas vigentes en la fecha de su resolución, o lo que es lo mismo, si las normas urbanísticas que regulan el otorgamiento de una licencia cambiaron después de presentada la solicitud, pero antes de que estuviesen agotados los plazos (...) para otorgar o denegar la solicitud de licencia, habrá de acomodarse la autorización a las normas vigentes en la fecha de su otorgamiento, pues lo contrario implicaría, como se dice en la sentencia de 23 de abril de 1982 (RJ 1982\2430), el anómalo resultado de tener que poner en marcha los mecanismos revocatorios, o de permitir construcciones que, desde el momento de su autorización, resultan afectadas por el excepcional régimen de fuera de ordenación con todas las consecuencias distorsionadoras que ello produce, doctrina corroborada por la establecida en la sentencia de la Sala de revisión de este Tribunal de 15 de abril de 1981 (RJ 1981\1850)»* (Considerando 5º de la Sentencia).

Centrando la atención en las Licencias de ocupación o utilización, históricamente se había mantenido que la regulación de la licencia de ocupación tenía un carácter complementario de la licencia de obras. Sustancialmente la Licencia de Ocupación se centraba en comprobar si la obra realizada se correspondía con el proyecto técnico que sirvió de base para a la concesión de la Licencia de Obras y en consecuencia la adecuación de lo realmente ejecutado a la licencia previamente concedida.

Este carácter complementario es al que se refiere con frecuencia la Jurisprudencia como por ejemplo en STS de 18 julio de 1997, RJ 1997\6038, cuando afirma que *«La licencia de primera ocupación de un edificio es una autorización administrativa necesaria, que tiene por finalidad contrastar si se ha respetado en la realidad la licencia de construcción, comprobando si se han cumplido o no las condiciones establecidas en dicha licencia y controlando si el edificio reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y puede habilitarse para el uso a que se destina»* (FJ 3º).

La nueva regulación del RDUa partiendo de la doble y alternativa denominación que para éste tipo de Licencias establece el artículo 7.d) al señalar en su párrafo tercero que *«cuando el uso previsto sea el de vivienda se exigirá licencia de ocupación y cuando se trate de otro tipo de uso se exigirá licencia de utilización»*, rompe con la filosofía anterior atribuyendo a la Licencia de primera ocupación o utilización, una naturaleza dual, por un lado complementaria de la Licencia urbanística previamente concedida para la realización de las obras de edificación o construcción, y por otro, autónomo de la misma por cuanto atribuye a éste tipo de licencias funciones desvinculadas de la comprobación del ajuste de lo realizado a lo previamente autorizado. Esta doble naturaleza de la Licencia de Ocupación y/o de utilización, a la vez complementaria y autónoma de la Licencia urbanística previamente concedida para la edificación o construcción, se desprende:

- 1º Por un lado, de lo dispuesto en el artículo 7 letra d) al señalar que la Licencia de ocupación y de utilización 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, añadiendo a continuación que 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.
- 2º Por otro se desprende también de forma mucho más clara de lo dispuesto en el artículo 13 apartado 1 letra d) (segundo párrafo)⁷ al admitir que se puedan conceder Licencias de Ocupación o Utilización que se refieran a edificaciones para las que no haya sido precisa la ejecución de ningún tipo de obra de reforma o adaptación señalando en cuanto a la documentación que ha de aportarse a las solicitudes de Licencia que *«(...) deberán acompañarse de certificado, descriptivo y gráfico, suscrito por técnico competente y visado por el correspondiente Colegio profesional, cuando así lo exija la normativa estatal, en el que conste la terminación de la obra en fecha determinada, la descripción del estado de conservación del edificio y las instalaciones con que cuenta y acredite, en atención de las circunstancias anteriores, la aptitud*

⁷ El 13 apartado 1 letra d) ha sido recientemente modificado por el Decreto 327/2012, de 10 de julio, por el que se modifican diversos Decretos para su adaptación a la normativa estatal de transposición de la Directiva de Servicios (BOJA del 13 de julio).

del mismo para destinarse al uso previsto; así como la identificación catastral y registral del inmueble, y las condiciones urbanísticas vigentes. Se adjuntará igualmente a la solicitud documentación justificativa del correcto funcionamiento de las instalaciones ejecutadas en el inmueble conforme a su normativa reguladora y, en su caso, certificación emitida por las empresas suministradoras de los servicios públicos, de que las redes son accesibles desde la edificación sin precisar nuevas obras, y de ser viable dicha acometida».

A éste doble carácter de la Licencia de primera ocupación, complementario de la de edificación, pero también autónomo de la misma, en tanto que con ocasión de su otorgamiento se controla si la edificación reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y también si la edificación puede habilitarse para el uso a que se destina se ha referido la Jurisprudencia por ejemplo en STS de 14 diciembre 1998 RJ 1998\10102 señalando que «*La licencia de primera ocupación de un edificio (...) tiene por finalidad constatar si la obra ejecutada se ajusta en realidad a la licencia de obras concedida, y verificar si el edificio reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y puede habilitarse para el uso a que se destina*» (FJ 5º).

En la misma línea de forma más recientemente el TS ha venido a afirmar asimismo en Sentencia de 21 julio 2001 (RJ 2001\9885) que «*la licencia de primera ocupación de un edificio es una autorización administrativa necesaria, que tiene por finalidad contrastar si se ha respetado en la realidad la licencia de construcción, comprobar si se han cumplido o no las condiciones establecidas en dicha licencia y controlar si el edificio reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y si puede habilitarse para el uso a que se destina*» (FJ 4º).

Para GUTIÉRREZ COLOMINA⁸ «*ésta comprobación de la adecuación de las condiciones de la instalación al interés general, escapa de la mera complementariedad de la primera ocupación y puede provenir de funciones heredadas de la suprimida cédula de habitabilidad*».

⁸ GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio (1994): *Licencia de primera ocupación y adquisición del derecho a la edificación*. Temas de Administración Local Número 55. CEMCI Publicaciones. Granada. 1994, página 340, sostenía el autor ya entonces que conforme al papel autónomo que se confiere a la Licencia de ocupación, podría llegar a otorgarse ésta licencia sin necesidad de que existiera la previa licencia de obras, o al menos sin que aquella cumpliera con las condiciones impuestas por ésta.

Este es el sentido al que responde por ejemplo la STS de 9 de marzo de 1989 (RJ 1989\1939) que concreta cuales son las condiciones de adecuación al interés general, cuando señala que la función de la Licencia de ocupación es la de *«fiscalizar si el edificio puede habilitarse para el uso pretendido, por estar en zona apropiada y reunir las condiciones idóneas de seguridad y salubridad»*.

De lo expuesto deriva, en conclusión, que para el ejercicio de ésta función con ocasión del otorgamiento de la licencia de ocupación o utilización, debe comprobarse que la edificación cumple con el ordenamiento urbanístico y además, en el caso de que la solicitud se realice en relación con la concesión de Licencia de Ocupación de una edificación o construcción para la que previamente se otorgó Licencia Urbanística, que cumpla con el proyecto que sirvió de fundamento para el otorgamiento de la Licencia de edificación o construcción previamente concedida.

3. EL OTORGAMIENTO DE LICENCIAS DE OCUPACIÓN O UTILIZACIÓN PARA EDIFICACIONES EN SITUACIÓN ASIMILADA A LA DE FUERA DE ORDENACIÓN.

El artículo 53.5 del RDU, en su redacción original (anterior por tanto a la modificación operada en virtud de lo dispuesto en la Disposición Final Primera apartado Segundo, numeral dos del Decreto 2/2012) en su primer inciso prescribía que *«Podrán concederse licencias en los supuestos contemplados por éste artículo, siempre que el uso pretendido para la edificación o construcción sea conforme con el ordenamiento urbanístico»* disposición que no dejaba de ser una obviedad, pues si con ello se estaba refiriendo a las Licencias de Ocupación y de utilización, en parecidos términos se pronunciaba (y pronuncia) el artículo 7.d del mismo RDU, al señalar que las Licencias de Ocupación y de utilización *«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»*.

El redactado del apartado 5 provocó numerosas críticas pues, la falta de calificación de la expresión *«Licencia»* y con ello la consideración de que la mención incluía todo tipo de Licencias no dejaba de ser una contradicción en sus propios términos con la regulación contenida en el apartado 4 (primer inciso in fine) del mismo artículo 53 cuando establecía como parte obligatoria del contenido de la resolución que declarase el inmueble en situación asimilada a la de fuera de ordenación la *«indicación expresa de que sólo podrán realizarse las obras de reparación y conservación que exija*

la estricta conservación de la habitabilidad o la utilización conforme al destino establecido», actividad que, obviamente, el mismo RDUa somete a la previa y preceptiva Licencia.

Es cierto que en la nueva redacción del apartado 5 del artículo 53 se ha eliminado la mención a que «Podrán concederse licencias...» pero esto no significa que las construcciones, obras, edificaciones, etc. que se encuentran en situación asimilada a la de fuera de ordenación no puedan acceder a la concesión de ningún «documento» para poder contratar los servicios.

En la situación de «fuera de ordenación» y en la situación asimilada, aunque es cierto que los derechos de los propietarios respecto a estos bienes inmuebles quedan limitados, en cuanto que sólo podrán realizarse las obras de reparación y conservación que exija la estricta conservación de la habitabilidad o la utilización de los mismos, más también es cierto que dichos bienes inmuebles pueden seguir siendo utilizados, pues qué sentido tendría permitir la existencia del edificio y negarle al propietario su uso.

Es numerosa la jurisprudencia que reconoce el derecho a usar los inmuebles que se encuentren en esta situación legal, así la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Enero de 1998 (RJ 1998\589 FJ 5º) señala que «la condición de fuera de ordenación no debe impedir el aprovechamiento óptimo del inmueble en utilización de las facultades que dimanen del derecho real que atribuye su uso y disfrute, siempre que con dicho aprovechamiento no sobrepasen los límites que establecen los preceptos de la legislación urbanística (...).».

El nuevo redactado del artículo 53 introducido por el Decreto 2/2012 contribuye al mejor entendimiento del mismo, ya que si el uso que se pretende es conforme con la ordenación urbanística procederá la concesión de licencia de Ocupación/Utilización, de la misma forma que procederá su denegación cuando el uso cuya autorización se pretenda no sea conforme con dicha ordenación, esté o no declarada la edificación en situación de fuera de ordenación o en situación asimilada a la misma y ello porque las licencias son actos absolutamente reglados (artículo 5.1 primer inciso del RDUa) y la comprobación de que el uso pretendido es conforme con la normativa y con la ordenación urbanística de aplicación constituye el objeto de la Licencia de ocupación /utilización (artículo 7.d RDUa).

Llegados a éste punto, en cuanto a las edificaciones ilegalmente erigidas a las que resulte aplicable el régimen de asimilación a la situación de fuera de ordenación, a los efectos que interesa a nuestro estudio, en relación a la posibilidad de la concesión de Licencias de Ocupación/Utilización deberemos distinguir según la edificación se

encuentre en Suelo Clasificado como No Urbanizable y las que se puedan encontrarse eventualmente en Suelo Urbano. A los pretendidos efectos del estudio de la concesión/denegación de Licencia de Ocupación/utilización, a las primeras edificaciones (emplazadas en Suelo No Urbanizable) resultaría de aplicación el reciente Decreto 2/2012 mientras que a las segundas (emplazadas en Suelo clasificado como urbano), se aplicaría el RDU.

En cuanto a la posibilidad de aplicar el Decreto 2/2012 a las edificaciones ilegalmente erigidas en Suelo Urbano y frente a las que no puede ya actuarse por haber prescrito las infracciones y caducado las potestades de la Administración para la protección de la legalidad urbanística, la respuesta ha de ser necesariamente negativa pues el mencionado Decreto restringe su ámbito de aplicación al Suelo No Urbanizable, así lo establece claramente el artículo 1 al determinar el objeto y finalidad del mismo señalando que *«El presente Decreto tiene por objeto regular el régimen urbanístico y el tratamiento de las edificaciones ubicadas en el suelo no urbanizable de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como reconocer su situación jurídica y satisfacer el interés general que representa la preservación de los valores propios de esta clase de suelo»*.

Por otro lado y en cuanto a la posibilidad de conceder Licencia de Ocupación/Utilización para edificaciones asimiladas a la situación de fuera de ordenación y emplazadas en Suelo No Urbanizable, ha de recordarse que el artículo 8 apartado 6 del Decreto 2/2012 dispone al efecto que para éste tipo de edificaciones *«no procederá la concesión de licencias de ocupación o de utilización, sin perjuicio de las condiciones que puedan establecerse por el Ayuntamiento en la resolución de reconocimiento»*.

Respecto a la posibilidad de conceder Licencia de Ocupación/Utilización a las edificaciones que se encuentren en asimilada a la de fuera de ordenación y que se ubiquen en Suelo Urbano, el Tribunal Supremo ya desde antiguo ha venido manteniendo que de *«la calificación (...) de edificio fuera de ordenación (...), se infiere la clara posibilidad de autorizar el uso de estas construcciones, erigidas con anterioridad a la aprobación de los Planes, siempre que no dé lugar -el uso, se entiende- a incremento en su valor de expropiación (...) como tiene declarado el TS en Sentencia de su Sala 4ª de 17 diciembre 1974 (RJ 1974\4992) (...) sería contrario a toda lógica que, mientras subsista, no desenvuelva su aptitud como bien económico-social que es y, absurdamente, haya de estar condenado de modo irremisible a no prestar utilidad alguna.»* (Sentencia de 13 junio 1980, RJ 1980\3189 Considerando 2º). Doctrina que el TS reitera en Sentencia de 8 julio 1983, RJ 1983\4026 señalando que *«la armonización del desideratum de que el edificio fuera de ordenación no prolongue su existencia más*

allá de lo que cabe esperar de él, por el estado de vida de sus elementos componentes, antes de pensar en la posibilidad de acometer en él diversas obras (...) armonizado con el principio de que 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, bien por su consunción como tal, bien por llevarse a efecto las previsiones del Plan Urbanístico, [hace que resulte] contrario a esta razón legal el no conceder la licencia solicitada, ya que ello tendría que ser en base de una rigurosa aplicación de las prescripciones contenidas [en la legislación de aplicación] que aparte de contradecir el principio mantenido por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de que los actos de intervención deben interpretarse en el sentido menos restrictivo a la libertad individual, violaría el fin teleológico del precepto, conduciendo a la ilógica consecuencia de condenar a no prestar utilidad un bien apto para cumplir y satisfacer una finalidad económica y social» (FJ 6º) doctrina que mutatis mutandis (cambiando lo que se deba cambiar) sin mayores problemas puede trasladarse hoy a los supuestos que nuestra legislación contempla bajo el epígrafe de fuera de ordenación y situaciones asimiladas.

Por otro lado y como se ha comentado con anterioridad que el RDU otorga hoy a las Licencias de Ocupación y/o de Utilización una doble naturaleza, por un lado complementaria de la Licencia de Obras previamente concedida en la medida en que con ocasión de su otorgamiento se controla la adecuación de lo construido a lo previamente autorizado pero también autónoma en cuanto es posible el otorgamiento de Licencias de Ocupación/Utilización para las edificaciones que no precisen de la realización de ningún tipo de obra de reforma o ampliación (artículo 13.1.d –segundo párrafo- del RDU).

Todo lo expuesto nos lleva a sostener que desde el punto de vista legal no existe impedimento para que, en su caso, puedan otorgarse Licencias de Ocupación/Utilización a las edificaciones declaradas en situación asimilada a la de fuera de ordenación cuando estén ubicadas en Suelo clasificado como Urbano y siempre que el uso que se pretenda desarrollar sea conforme con el que el instrumento de planeamiento de aplicación permite.

El eventual otorgamiento de la Licencia de Ocupación/Utilización debe sujetarse al procedimiento y observar las reglas que al efecto se establecen en el RDU (artículos 13 a 19 ambos inclusive).

En cualquier caso, en nuestra opinión, resultará necesario que con carácter previo estas edificaciones sean objeto de reconocimiento de la particular situación de asimilación a la situación de fuera de ordenación en que eventualmente puedan encontrarse.

Necesario por cuanto no debe olvidarse que el artículo 60 apartado 1 del RDUa establece que *«Son infracciones urbanísticas las acciones u omisiones que vulneren lo establecido en la normativa urbanística y estén tipificadas y sancionadas en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, desarrolladas por el presente Título»*, y que constatada la existencia de la presunta vulneración de la legalidad urbanística, debe recordarse que el artículo 37.1 RDUa establece que: *«La Administración competente tiene el deber de iniciar el procedimiento de protección de la legalidad urbanística si tiene conocimiento de cualquier acción u omisión que presuntamente vulnere la legalidad urbanística, una vez concluidas, en su caso, las actuaciones previas de averiguación de los hechos»* reacción de la Administración frente a los incumplimientos de la ordenación urbanística que se ha de articular en tres órdenes de actuaciones que son de carácter preceptivo (artículo 3.1 RDUa):

- 1º Restaurando el orden urbanístico infringido, bien legalizando a posteriori la actuación infractora, bien, si no fuera posible la legalización, ordenando y consiguiendo la demolición de lo indebidamente construido; de tal modo que se reponga la realidad física alterada al estado anterior a la comisión de la infracción (artículo 192.2 LOUA).
- 2º Sancionando, penal o administrativamente, a los autores o coautores de la infracción (artículo 192.1 LOUA), y,
- 3º Exigiendo de los responsables la indemnización de daños y perjuicios ocasionados a la Administración con la infracción (artículo 192.1.c) LOUA).

Obviamente el resultado de éstas actuaciones, dado el presupuesto de hecho del que se parte (edificaciones para las que ya han caducado los plazos para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística) concluirá en una declaración que constate las eventuales infracciones y, en su caso, el transcurso de los plazos de prescripción de las infracciones (4 años según dispone el artículo 211 de la LOUA) y en su caso la caducidad de las potestades de protección de la legalidad urbanística (con carácter general 6 años según dispone el artículo 185.1 de la LOUA tras la modificación operada en éste artículo por la Ley 2/2012 de 30 de enero), salvo que se trate de infracciones que en el ámbito del Suelo Urbano puedan actos y usos que puedan afectar a parques, jardines, espacios libres o infraestructuras o demás reservas para dotaciones (artículo 195.2.B.c) de la LOUA y artículo 46.2 del RDUa) o bien a las determinaciones pertenecientes a la ordenación estructural de los Planes Generales de Ordenación Urbanística o de los Planes de Ordenación Intermunicipal (artículo 195.2.B.d) de la LOUA y artículo 46.2 del RDUa).

Constatada la existencia de una edificación ilegal y documentada la imposibilidad de actuar para el restablecimiento de la legalidad urbanística infringida, el procedimiento para la declaración de la edificación ilegalmente erigida en situación asimilada a la de fuera de ordenación ha de realizarse de conformidad con lo que al efecto dispone el artículo 53.4 del RDU, a tenor de lo cual *«El reconocimiento particularizado de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación respecto de instalaciones, construcciones o edificaciones terminadas se acordará por el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, previo informe jurídico y técnico de los servicios administrativos correspondientes. Añadiendo en el siguiente párrafo que «La resolución que ponga fin a este procedimiento deberá identificar suficientemente la instalación, construcción o edificación afectada, indicando el número de finca registral si estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad, y su localización geográfica mediante referencia catastral o, en su defecto, mediante cartografía oficial georreferenciada; igualmente habrá de acreditar la fecha de terminación de la instalación, construcción o edificación, así como su aptitud para el uso al que se destina» y finalizando con otro párrafo en el que dispone «Una vez otorgado el reconocimiento, podrán autorizarse las obras de reparación y conservación que exija el estricto mantenimiento de las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad del inmueble»*

Debiendo tener en cuenta, además, que según dispone el artículo 53.5 del RDU *«Conforme a la legislación notarial y registral en la materia, la resolución de reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación será necesaria, en todo caso, para la inscripción de la edificación en el Registro de la Propiedad, en la que se deberá indicar expresamente el régimen jurídico aplicable a este tipo de edificaciones, reflejando las condiciones a las que se sujetan la misma»*.

Y todo ello con la prevención de que el régimen de las edificaciones que puedan declararse en situación asimilada a la de fuera de ordenación quedan sujetas además a las posibles órdenes de ejecución que eventualmente la Administración actuante pueda considerar conveniente realizar tal como al efecto dispone el apartado 6 del artículo 53 del RDU al señalar *«Con la finalidad de reducir el impacto negativo de las obras, instalaciones, construcciones y edificaciones, la Administración actuante podrá, previo informe de los servicios técnicos administrativos competentes, ordenar la ejecución de las obras que resulten necesarias para garantizar la seguridad, salubridad y el ornato, incluidas las que resulten necesarias para evitar el impacto negativo de la edificación sobre el paisaje del entorno»*.

Finalmente, todo lo expuesto, tal como señala el apartado 3 del artículo 53 del RDU, a salvo o sin perjuicio de lo que *«se acordare en el correspondiente instrumento de planeamiento general respecto del desarrollo, ordenación y destino de las obras,*

instalaciones, construcciones o edificaciones afectadas por la declaración de asimilado a la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación».

Respecto de la contratación de Servicios para éste tipo de edificaciones, tal como expresa el artículo 175.2 de la LOUA y artículo 26.2 del RDUa las empresas suministradoras (energía eléctrica, agua, gas o cualquier producto o servicio energético y servicios de telecomunicaciones deben exigir para la contratación definitiva de los respectivos servicios la licencia de ocupación o de utilización.

4. CONCLUSIONES.

A En las páginas precedentes hemos analizado a la luz de la reciente modificación del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía operada por el Decreto 2/2012 de 10 de enero, y de éste propio Decreto, la posibilidad de conceder Licencia de Ocupación o Utilización para las viviendas que se encuentren en situación jurídica de asimiladas a fuera de ordenación.

El punto de partida de nuestra reflexión son los reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo (por todas STS de 3 abril 2000, RJ 2000\4918) cuando afirma en el segundo de los párrafos de su FJ 2º que *«la construcción ilegal, transcurrido [el] plazo de cuatro años no por ello se transforma en legal y no puede amparar la persistencia de usos contrarios al plan (...) Esta Sala ha declarado en sentencia de 22 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10116) que “el hecho de que haya prescrito la infracción de la obra realizada sin licencia no significa que ello constituya a su vez impedimento legal para posibilitar la sanción del uso ilegal, con arreglo al planeamiento urbanístico, realizado en dicha construcción, porque el citado uso constituye, no una actividad transitoria como la construcción de edificios, sino una actividad permanente que se extiende en el tiempo mientras se esté realizando ese uso no permitido por la normativa urbanística”»*. Continúa el Tribunal razonando en el mismo FJ 2º en el tercer párrafo que *«El uso contrario al plan en una edificación ilegal no puede adquirirse por prescripción, aunque haya caducado la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística infringida, por eso declara la sentencia de esta Sala de 20 de enero de 1999 (RJ 1999\91) que, si según el (...) Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL) la licencia de primera ocupación tiene por objeto comprobar si el edificio puede destinarse a determinado uso, la denegación de esa licencia lleva consigo la imposibilidad de ocupar y usar el edificio. Sin embargo, ese control que ha de verificarse en la concesión de la licencia de primera ocupación es el que el citado*

precepto expresa, el relativo a que el uso corresponda al asignado a la zona en que se encuentra el edificio y a que éste reúna las adecuadas condiciones técnicas de seguridad y salubridad exigibles, no al de las circunstancias urbanísticas de la edificación sobre la que se realiza el uso (...) tratándose de licencia de primera ocupación esta Sala ha declarado que es en la licencia de obras, que debe preceder a ella, donde la Administración ha de realizar ese control de adecuación de la obra a la legalidad urbanística, de forma que una vez concedida la licencia de obras en la de primera ocupación ha de limitarse a verificar si la obra se ajusta a la licencia concedida, sin que pueda aprovechar la ocasión de pronunciarse sobre la licencia de primera ocupación para revisar la de obras, (sentencias de 10 de marzo de 1999 [RJ 1999\2172] y 14 de diciembre de 1998 [RJ 1998\10102]). Si las circunstancias urbanísticas que debieron ser objeto de licencia de obras no pueden revisarse al examinar una petición de licencia de primera utilización, tampoco cabe denegar ésta cuando pese a haberse erigido una edificación sin licencia y en contra del planeamiento, ha caducado el plazo concedido a la Administración para el ejercicio de su potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística y el uso pretendido se encuentra entre los autorizados en la zona».

Todo lo que lleva al Tribunal a afirmar en el último de los párrafos de éste Fundamento Jurídico 2º que «La consecuencia expuesta no implica la legalización de la obra ejecutada, sino el mantenimiento del uso que de hecho ha estado llevándose a cabo en ella desde su construcción (...) puesto que, como ha declarado esta Sala en sentencia de 15 de febrero de 1999 (RJ 1999\679), “lo construido sin licencia y en contra de la normativa urbanística puede considerarse como fuera de ordenación, en el sentido de que no se ajusta a la legalidad urbanística, pero se diferencia (...) en que las obras eran ya ilegales en el momento mismo en que se estaban llevando a cabo”, por lo que “el transcurso del plazo de cuatro años desde la ejecución de las obras sin licencia o contrarias al planeamiento impide al Ayuntamiento la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística (...) pero no otorga al propietario de las mismas otras facultades que las inherentes al mantenimiento de la situación creada, esto es la de oponerse a cualquier intento de demolición de lo construido o de la privación del uso que de hecho está disfrutando”, siempre que este uso no se oponga al permitido por el plan para la zona de que se trata».

Si esto es así, a contrario sensu, hemos de concluir en que no ha de existir objeción alguna para el otorgamiento de las licencias de Ocupación/Utilización cuanto el uso pretendido sea conforme con el permitido por la ordenación territorial y urbanística para la zona en que se emplace la edificación.

El artículo 53.5 del RDUa, en su redacción anterior a la modificación realizada por el Decreto 2/2012 disponía que *«Podrán concederse licencias en los supuestos contemplados por éste artículo, siempre que el uso pretendido para la edificación o construcción sea conforme con el ordenamiento urbanístico»*.

Como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, ésta disposición no dejaba de ser una obviedad, pues si con ello se estaba refiriendo a las Licencias de Ocupación y de utilización, en parecidos términos se pronunciaba (y pronuncia) el artículo 7.d del mismo RDUa, al señalar que las Licencias de Ocupación y de utilización *«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»*.

El redactado del apartado 5 provocó numerosas críticas⁹ pues, la falta de calificación de la expresión *«Licencia»* y con ello la consideración de que la mención incluía todo tipo de Licencias no dejaba de ser una contradicción en sus propios términos con la regulación contenida en el apartado 4 (primer inciso in fine) del mismo artículo 53 cuando establecía como parte obligatoria del contenido de la resolución que declarase el inmueble en situación asimilada a la de fuera de ordenación la *«indicación expresa de que sólo podrán realizarse las obras de reparación y conservación que exija la estricta conservación de la habitabilidad o la utilización conforme al destino establecido»*.

Es cierto que en la nueva redacción del apartado 5 del artículo 53 se ha eliminado la mención a que *«Podrán concederse licencias...»* pero esto no significa que

⁹ CANO MURCIA, Antonio (2011): *«El nuevo régimen jurídico de la licencia de ocupación y de primera utilización en Andalucía...»*. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 20, Sección Actualidad, Quincena del 30 de Octubre al 14 de Noviembre de 2011, Ref. 2375/2011, página 2375, Tomo 2, Editorial LA LEY 17894/2011. Señala el autor que la aplicación del artículo 53.5 del RDUa (en la redacción anterior a la modificación operada por Decreto 2/2012) *«En el caso de que estemos en presencia de viviendas unifamiliares aisladas (supuesto común) construidas sin licencia, y por lo tanto ilegales, en suelo no urbanizable, sobre una parcela inferior a la contemplada por el planeamiento del municipio (supuesto también común), resultará de muy difícil justificación, por no decir imposible que puede justificarse que el uso de la vivienda sea conforme con el ordenamiento urbanístico, ya que no podemos perder de vista que toda vivienda en suelo no urbanizable ha de estar vinculada a una explotación agrícola, ganadera, etc. (art. 52.1.B.b LOUA). Desde esta óptica ninguna vivienda construida sin licencia en suelo no urbanizable podrá tener acceso a la licencia de ocupación por uso incompatible con el ordenamiento urbanístico»*. En base a ello criticaba el autor que el inicial redactado del artículo 53 del RDUa impedía su aplicación a las miles de viviendas ilegalmente erigidas en Suelo No Urbanizable señalando además la manifiesta contradicción existente entre el redactado de éste apartado 5 y la prevención del apartado 6 en cuanto que otorgaba a la Administración la potestad de ordenar la ejecución de obras necesarias para no perturbar la seguridad, salubridad y el ornato o paisaje del entorno, sino no puede ocuparse el edificio, preguntándose, con razón, si acaso se pretendía con ésta disposición mantener la edificación en condiciones óptimas de seguridad salubridad y ornato sin permitir al propio tiempo que las mismas pudieran ser ocupadas o utilizadas, lo que desde su punto de vista es del todo punto absurdo y contradictorio con el fin de todo inmueble que es precisamente el de ser ocupado o utilizado.

las construcciones, obras, edificaciones, etc. que se encuentran en situación legal de fuera de ordenación, o en situación asimilación a la de fuera de ordenación y que se localicen en Suelo Urbano no se les puede dar ningún «documento» para poder contratar los servicios.

En la situación de «fuera de ordenación» y en la situación asimilada, aunque es cierto que los derechos de los propietarios respecto a estos bienes inmuebles quedan limitados, en cuanto que sólo podrán realizarse las obras de reparación y conservación que exija la estricta conservación de la habitabilidad o la utilización de los mismos, más también es cierto que dichos bienes inmuebles pueden seguir siendo utilizados, pues qué sentido tendría permitir la existencia del edificio y negarle al propietario su uso.

Es numerosa la jurisprudencia que reconoce el derecho a usar los inmuebles que se encuentren en esta situación legal, así la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Enero de 1998 (RJ 1998\589 FJ 5º) señala que *«la condición de fuera de ordenación no debe impedir el aprovechamiento óptimo del inmueble en utilización de las facultades que dimanen del derecho real que atribuye su uso y disfrute, siempre que con dicho aprovechamiento no sobrepasen los límites que establecen los preceptos de la legislación urbanística (...).»*

Como punto final y también como hemos tenido ocasión de señalar con anterioridad, desde el punto de vista que aquí se sostiene, el nuevo redactado del artículo 53 introducido por el Decreto 2/2012 contribuye al mejor entendimiento del mismo, ya que si el uso que se pretende es conforme con la ordenación urbanística procederá la concesión de licencia de Ocupación/Utilización, de la misma forma que procederá su denegación cuando el uso cuya autorización se pretenda no sea conforme con dicha ordenación, esté o no declarada la edificación en situación de fuera de ordenación o en situación asimilada a la misma y ello porque las licencias son actos absolutamente reglados (artículo 5.1 primer inciso del RDU) y la comprobación de que el uso pretendido es conforme con la normativa y con la ordenación urbanística de aplicación constituye el objeto de la Licencia de Ocupación/Utilización (artículo 7.d RDU).

5. BIBLIOGRAFÍA.

CANO MURCIA, Antonio (2011): «El nuevo régimen jurídico de la licencia de ocupación y de primera utilización en Andalucía...» en: *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Número 20/2011.

CARBALLEIRA RIVERA, María Teresa (2004): «Edificios fuera de ordenación y obras permitidas» en: *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Número 214/2004.

GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio (1994): *Licencia de primera ocupación y adquisición del derecho a la edificación*. Temas de Administración Local. Nº 55. Granada: CEMCI, 1994.

OLMEDO PÉREZ, Sebastián (2007): «Comentario a la DA 1ª de la LOUA» en: GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio y CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, Ángel (Directores), *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (Ley 7/2002 de 17 de diciembre)*, 2 ed. Pamplona: Aranzadi, 2007.

QUIRÓS ROLDÁN, Antonio; ARENAS SALVATIERRA, Sigfredo y ESTELLA LÓPEZ José Miguel (2002): *El Régimen de Fuera de Ordenación Urbanística*. Barcelona: Atelier, 2002.

VALERA ESCOBAR, Ginés (2008): *Régimen Jurídico General de la Licencia Municipal de Obras y Apertura de establecimiento en Andalucía*. Sevilla: Dirección General de Administración Local de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, 2008.